

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

**LA PARTICIÓN CONJUNTA
EN EL DERECHO GALLEGO**

Tesis Doctoral presentada por D. Antonio Legerén Molina y dirigida por el profesor Dr. D. Miguel Ángel Pérez Álvarez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña.

Vº Bº

FACULTAD DE DERECHO

2005

LA PARTICIÓN CONJUNTA EN EL DERECHO GALLEGO

INTRODUCCIÓN

I. PRELIMINAR	19
II. RÉGIMEN JURÍDICO	23

CAPÍTULO PRIMERO TEORÍA GENERAL DE LA PARTICIÓN

I. LA APERTURA DE LA SUCESIÓN: LA COMUNIDAD HEREDITARIA	31
1.1 Preliminar	31
1.2 En torno a la unidad o pluralidad de comunidades. La naturaleza jurídica de la comunidad	34
1.3 La configuración de la comunidad hereditaria	38
1.4 Formas de extinción de la comunidad hereditaria	45
II. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN GENERAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	47
2.1 Preliminar	47
2.2 La partición es un acto jurídico de distribución	48
2.3 El objeto de la partición viene constituido por los bienes de la herencia del causante	57
2.4 La partición se realiza entre los llamados a la herencia a título universal	58
2.5 La partición ordinariamente pone fin a la comunidad hereditaria	61
2.6 Sobre el carácter accesorio de la partición	63
2.7 La partición es un acto jurídico patrimonial de carácter gratuito	66
III. LAS OPERACIONES PARTICIONALES	67
3.1 Ideas previas	67
3.2 El cuaderno particional	70
3.3 El inventario	71
3.4 El avalúo de los bienes	77
3.4.1 Concepto e importancia	77
3.4.2 El criterio de valoración de los bienes	78

3.4.3 El momento de valoración de los bienes	80
3.5 La liquidación	82
3.5.1 Concepto y significados	82
3.5.2 La liquidación como operación aritmética	83
3.5.3 La liquidación efectiva de las deudas	87
3.6 La formación de los lotes y la adjudicación de los bienes	88
3.6.1 Concepto	88
3.6.2 Reglas para la formación de los lotes	89
3.6.3 La adjudicación de los lotes	94
IV. TIPOS DE PARTICIÓN	97
4.1 Consideraciones generales	97
4.2 La partición realizada por el testador	99
4.3 La partición por contador-partidor	103
4.4 La partición efectuada por los coherederos	108
4.5 La partición por contador-partidor dativo	115
4.6 La partición efectuada por un tercero y la llamada “ <i>partición arbitral</i> ”	118
4.7 La partición judicial	120
V. LA NATURALEZA SUSTANTIVA DE LA PARTICIÓN. DEFINICIÓN DE LA PARTICIÓN	122
5.1 Preliminares	122
5.2 La tesis traslativa	124
5.3 La tesis declarativa	126
5.4 La tesis determinativa	128
5.5 Conclusión: criterio que se defiende y definición de la partición	130

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PARTICIÓN CONJUNTA. DELIMITACIÓN Y CARACTERES

I. PRELIMINARES	137
II. FUNDAMENTO DE LA PARTIJA CONJUNTA. LA SUBSIDIARIEDAD DEL RESTO DE MODALIDADES DE PARTIR	137
III. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PARTICIÓN CONJUNTA	140
3.1 Preliminar	140
3.2 Los inconvenientes de la partición conjunta	142

3.3 Las ventajas de la partición conjunta	144
3.4 Conclusión	149
IV. CARACTERÍSTICAS DE LA PARTICIÓN CONJUNTA	150
4.1 Preliminares	150
4.2 Presupuesto: la necesidad de testamento	151
4.3 La conjuntividad formal y sustantiva como características específicas de la partija conjunta	153
V. LA NATURALEZA NEGOCIAL DE LA PARTICIÓN CONJUNTA	157
5.1 Preliminar	157
5.2 La naturaleza negocial de la partición conjunta en la LDCG.	158
5.3 Examen de las opiniones doctrinales sobre la naturaleza negocial de la partición por testador en el Código civil	159
5.3.1 Preliminar y justificación	159
5.3.2 La partición por testador configurada como una donación	162
5.3.3 La partición por testador como contrato particional	164
5.3.4 La partición por testador como negocio jurídico distributivo. Conclusión	169
5.4 Notas peculiares del negocio jurídico particional. Su carácter formal, <i>mortis causa</i> , de última voluntad, y su unilateralidad o bilateralidad	170
5.4.1 Introducción	170
5.4.2 Su carácter formal	171
5.4.3 Su carácter <i>mortis causa</i> y de última voluntad	172
5.4.4 En torno a la unilateralidad o bilateralidad de la partición conjunta	175
A) Introducción	175
B) La conjuntividad respecto del objeto: la partición conjunta con objeto unitario y la partición conjunta con objeto separado	176
C) La correspectividad	178
5.5 Recapitulación y conclusión	180
VI. LA ADMISIBILIDAD DE LA PARTICIÓN CONJUNTA EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL	180
6.1 Preliminar: las opiniones doctrinales en torno a la admisibilidad de la partición conjunta en el Código civil	180
6.2 Argumentos en torno a la admisibilidad o no de la partición conjunta en el Código civil	184

6.2.1 Preliminar	184
6.2.2 El artículo 670 del Código civil y el carácter personalísimo del testamento	184
6.2.3 El artículo 669 del Código civil y la unipersonalidad de la partición ...	187
6.2.4 El artículo 737 del Código civil y la revocabilidad esencial del testamento	192
6.2.5 Los artículos 1.375 y 1.379 del Código civil y la imposibilidad de disposición <i>mortis causa</i> de bienes gananciales concretos	195
6.2.6 Ausencia de prohibición y falta de regulación	198
6.2.7 El principio de la economía procesal	199
6.3 El criterio jurisprudencial sobre la partición conjunta	199
6.4 Otras opciones propuestas por la doctrina	201
6.5 Conclusión	202

**CAPÍTULO TERCERO
PRESUPUESTOS Y CAUCES
FORMALES DE LA PARTICIÓN CONJUNTA**

I. INTRODUCCIÓN	207
II. LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE UN TESTAMENTO	209
2.1 Precisiones en torno a la naturaleza de la partición y la necesidad de existencia de un acto dispositivo	209
2.2 En torno al tipo de sucesión necesario para la partición por testador	211
2.2.1 Preliminares	211
2.2.2 Sobre la necesidad de testamento. La dicción literal del artículo 157 de la LDCG. y de los preceptos concordantes	212
2.2.3 Sobre la innecesidad de testamento si se sigue la sucesión legal	215
A) Preliminar	215
B) Argumentos referentes a la admisibilidad de la partición por testador con sujeción a la sucesión legal	218
a) El tenor literal del artículo 1.075 del Código civil	218
b) La sentencia de 13 de junio de 1903	220
C) Conclusión	224

2.2.4 Sobre la posibilidad de partir conforme a la institución contenida en un pacto sucesorio	224
2.2.5 El criterio jurisprudencial	226
2.2.6 Conclusión	228
2.3 Tipos de testamento y su validez	230
2.4 La relación temporal entre el testamento y la partija	236
2.5 La revocación del testamento y su incidencia en la partija	239
III. CAUCES FORMALES PARA EFECTUAR LA PARTICIÓN CONJUNTA..	245
3.1 Preliminares	245
3.2 Partición contenida “ <i>en el propio testamento</i> ”	246
3.3 Partición realizada “ <i>en otro documento</i> ”	248

**CAPÍTULO CUARTO
ELEMENTOS PERSONALES DE LA PARTIJA**

I. PRELIMINARES	255
II. LOS CÓNYUGES	255
2.1 Ideas previas	255
2.2 Capacidad para partir	257
2.2.1 En torno a la capacidad necesaria para partir	257
A) Preliminares	257
B) Opiniones doctrinales en torno a la capacidad para partir	259
C) Conclusión: la capacidad para partir es la misma que la capacidad para testar	261
2.2.2 Examen específico de la capacidad necesaria para partir	262
2.3 La existencia de vínculo matrimonial	268
2.3.1 La necesidad de que los testadores sean cónyuges	268
2.3.2 Anomalías posteriores al matrimonio	270
A) Preliminar	270
B) Separación y divorcio	272
a) La subsistencia de la partición conjunta	272
b) La posible ineficacia de la partición conjunta	273
c) Conclusión	278

C) Nulidad matrimonial	278
a) Ideas previas	278
b) Efectos de la nulidad respecto de los contrayentes	282
a') Preliminar	282
b') Declaración de nulidad anterior al fallecimiento de uno de los contrayentes	283
c') Declaración de nulidad posterior al fallecimiento de uno de los contrayentes	285
d') Fallecimiento posterior a la presentación de la demanda de nulidad y anterior a la sentencia	286
c) Efectos de la nulidad en relación con los hijos	287
2.4 La vecindad civil gallega	289
III. OTROS POSIBLES INTERVINIENTES EN LA PARTIJA CONJUNTA	293
3.1 Preliminar	293
3.2 Posibilidad de intervención de los coherederos	294
3.2.1 Ideas previas	294
3.2.2 Posibilidad de intervención de los coherederos en la partición conjunta realizada en un testamento mancomunado	297
3.2.3 Posibilidad de intervención de los coherederos en la partición conjunta realizada fuera de testamento	298
3.2.4 El criterio jurisprudencial	301
3.2.5 El papel de los herederos en la partición: opinión personal	302
3.3 Sobre la posible intervención de un tercero en la partición	305

CAPÍTULO QUINTO EL OBJETO DE LA PARTICIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES	313
II. EL CONTENIDO DE LA HERENCIA	315
2.1 Precisiones terminológicas: la herencia como realidad distinta del patrimonio y del haber partible	315
2.2 Composición de la herencia	320
2.2.1 Bienes incluidos en la herencia. El artículo 659 del Código civil	320
2.2.2 Bienes excluidos de la herencia	323

A) Preliminar	323
B) Derechos excluidos por su extinción a la muerte del titular	324
C) Derechos que surgen con ocasión de la muerte del titular	325
D) Derechos excluidos por tener un destino predeterminado por la ley	326
III. EL HABER PARTIBLE	330
3.1 Ideas previas	330
3.2 Delimitación negativa del haber partible: los bienes excluidos	332
3.2.1 Bienes excluidos del haber partible porque no forman parte de la herencia	332
3.2.2 Bienes excluidos del haber partible que forman parte de la herencia ...	333
A) Preliminar	333
B) Los bienes que han sido objeto de disposición a título particular	333
C) El <i>ius delationis</i>	334
D) Las titularidades pasivas	338
3.2.3 Otros bienes excluidos del haber partible	339
A) Preliminares	339
B) Los bienes colacionables	339
C) Los bienes reservables	343
D) Las donaciones del artículo 812 del Código civil	346
3.2.4 Conclusión	348
3.3 Delimitación positiva del haber partible: los bienes incluidos	349
3.3.1 Preliminares	349
3.3.2 Los regímenes económico-matrimoniales	351
A) Sociedad de gananciales	351
a) El régimen jurídico de la sociedad de gananciales. Su extinción y liquidación	351
b) La partición conjunta con objeto unitario	357
c) La partición conjunta con objeto separado	358
a') La liquidación y la partija de la herencia	358
b') La llamada liquidación "provisional"	362
a'') Contenido y viabilidad de la llamada liquidación "provisional"	362
b'') Forma de la liquidación "provisional"	364
c'') Modificación de la liquidación "provisional"	367

c') Conclusión	370
B) Régimen de participación en las ganancias	371
C) Régimen de separación de bienes	376
3.3.3 Las sustituciones y la partición de la herencia	377
A) Preliminares	377
B) La sustitución vulgar	378
C) La sustitución pupilar y la sustitución ejemplar	381
D) La sustitución fideicomisaria	388
E) Conclusión	391
IV. LA PARTICIÓN PARCIAL DE LA HERENCIA	392
4.1 Preliminares	392
4.2 El fundamento de la partija parcial	393
4.3 La voluntariedad o involuntariedad en la omisión de objetos	396
4.4 Conclusión	399

**CAPÍTULO SEXTO
REVOCACIÓN Y EFICACIA
DE LA PARTICIÓN CONJUNTA**

I. PRELIMINARES	403
II. LA PARTICIÓN UNITARIA	405
2.1 Preliminares y caracterización	405
2.2 La revocación de la partición unitaria	406
2.3 La ejecución de la partición unitaria. Estipulaciones que garantizan su eficacia	409
2.3.1 Preliminar	409
2.3.2 Establecimiento de la prohibición de ejecutar la partición de la herencia y el aplazamiento de pago de la legítima hasta el fallecimiento del sobreviviente	412
2.3.3 Establecimiento del usufructo universal de viudedad con carácter recíproco	414
2.3.4 Establecimiento del carácter correspectivo de las cláusulas particionales	415

2.4 El artículo 158.2 LDCG.	416
III. LA PARTICIÓN CONJUNTA CON OBJETO SEPARADO	423
3.1 Preliminares y caracterización	423
3.2 La revocación de la partición conjunta con objeto separado	424
3.3 La ejecución de la partición conjunta con objeto separado. Posibles estipulaciones	424
IV. LA CORRESPECTIVIDAD	426
4.1 Preliminar	426
4.2 Concepto	427
4.3 Finalidad y fundamento de la corresponsividad	431
4.4 Régimen jurídico de las cláusulas particionales corresponsivas	433
4.4.1 Generalidades	433
4.4.2 Revocación de las atribuciones particionales corresponsivas	437
A) Preliminares	437
B) La revocación conjunta	438
C) La revocación unilateral	440
a) En vida de ambos	440
b) Fallecido uno de ellos	446
D) Conclusión	447
4.4.3 Alteración de las atribuciones particionales corresponsivas	447
A) Preliminares	447
B) Disposición unilateral e <i>inter vivos</i> de un bien objeto de atribuciones particionales corresponsivas en vida de ambos cónyuges	449

**CAPÍTULO SÉPTIMO
VICIOS Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN**

I. PRELIMINARES	457
II. EL PRINCIPIO DE <i>FAVOR PARTITIONIS</i>	462
III. LA NULIDAD DE LA PARTICIÓN CONJUNTA	465
3.1 Preliminares	465
3.2 Ausencia de un presupuesto de la partición	467
3.3 Ausencia de un elemento esencial de la partición	468

IV. LA ANULABILIDAD DE LA PARTICIÓN CONJUNTA	469
V. LAS POSIBLES DIVERGENCIAS ENTRE EL ACTO DISPOSITIVO TESTAMENTARIO Y LA PARTIJA CONJUNTA	471
5.1 Ideas previas: el principio de correlación partición-testamento	471
5.2 Corrientes doctrinales sobre la divergencia partición-testamento. Opinión personal	474
5.3 El régimen legal de referencia	479
5.4 Divergencias en sentido estricto. Tipos	486
5.4.1 Consideraciones generales	486
5.4.2 Divergencias en cuanto a los objetos. Alteración de las cuotas de disposición. El artículo 158.1 LDCG.....	486
A) Delimitación del supuesto	486
B) Examen de los perjuicios en el ámbito legitimario	489
C) Fundamento de la sanción establecida en el artículo 158.1 LDCG.....	493
D) Los límites aplicables a la facultad señalada en el artículo 158.1 LDCG.	494
a) Ideas previas y justificación	494
b) El límite establecido por los propios testadores de acuerdo con el artículo 1.075 Cc.	495
c) El límite de la buena fe	496
d) Conclusión	497
E) Consideraciones críticas	498
5.4.3 Divergencias en cuanto a las personas	503
A) Preliminares	503
B) Divergencia total entre la partición y el testamento	503
C) La preterición particional	504
D) La inclusión en la partición de una persona que no es heredero	510
E) Divergencia parcial	513
CONCLUSIONES	515
BIBLIOGRAFÍA	527

RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.....	557
RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO CITADAS.....	569

INTRODUCCIÓN

I. PRELIMINAR

El objeto del presente trabajo se ciñe al examen de la figura de la partición conjunta efectuada por los cónyuges al amparo de los artículos 157 y 158 de la Ley de Derecho Civil de Galicia¹. Esta partición, que no es sino una

¹ No está de más indicar desde ahora que la Ley de Derecho Civil de Galicia (LDCG.) de 24 de mayo de 1995, es fruto de una transacción entre dos documentos que sintetizan posiciones encontradas sobre la esencia del Derecho gallego y fue aprobada el 20 de mayo de 1995 (*Boletín Oficial del Parlamento de Galicia* nº 264, pp. 7025 y ss.). Uno de los dos documentos, la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991, era el resultado del trabajo de una Comisión No Permanente creada por el Parlamento el 9 de marzo de 1988, e integrada por diputados de todos los grupos parlamentarios (vid. anexo de la obra de LORENZO MERINO, *El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*, Publicación da Asociación Galega de Estudos Xurídicos, Santiago, 1992, pp. 33-131 y también “Propuesta de Compilación de Derecho civil de Galicia”, *Foro Galego*, nº 184, Colegio de Abogados de A Coruña, A Coruña, 1992, pp. 13-38); el otro documento era un texto elaborado por el *Consello da Cultura Galega* que fue remitido al Parlamento el 11 de julio de 1991 (cfr. “Trabajo sobre la Compilación de Derecho civil de Galicia”, *Foro Galego*, nº 184, Colegio de Abogados de A Coruña, A Coruña, 1992, pp. 39-61). Pues bien, la LDCG., además de ser fruto de ambos textos, pretende ser “unha primeira pedra do que pode se-lo proceso lexislativo propio do noso país” (“Debate de toma en consideración de la proposición de ley”, *Diario de Sesiones del Parlamento de Galicia* nº 28, 1-7-1994, p. 2131), un primer paso para configurar todo un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad social gallega. En este sentido, constituye opinión común entender que el Derecho contenido en la LDCG. no es todo el Derecho civil gallego (cfr. “Debate y votación del dictamen de la Comisión”, *Diario de Sesiones del Parlamento de Galicia* nº 57, 20-4-1995, pp. 3977 y ss.). Siendo ello así y tras varios años de vigencia de la LDCG., recientemente han tenido lugar dos eventos de significativa trascendencia para el futuro del Derecho civil gallego: la celebración del *III Congreso de Dereito Galego* en A Coruña durante los días 27 a 29 de noviembre de 2002, que cristalizó en la redacción de unas conclusiones que incluyen numerosas mejoras del articulado de la Ley (vid. Libro del III Congreso de Dereito Galego, *Foro Galego*, nº 191 y 192, Colegio de Abogados de A Coruña A Coruña, 2002), y la elaboración por parte de una Comisión, nombrada por el *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais*, de una “Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia”, a cuyo articulado nos referiremos en estas páginas y que ha sido publicada en VVAA., *Libro-homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 2373-2433. De otra parte, para formarse una idea cabal sobre los caracteres y antecedentes del Derecho civil gallego, en especial del Derecho sucesorio gallego, vid. los dos trabajos de FUENMAYOR “Derecho civil de Galicia” y “El Derecho sucesorio en la

modalidad de la partición por testador –en este caso, efectuada por dos cónyuges testadores– constituye una de las principales novedades del Derecho gallego introducidas por la citada Ley, al no existir antecedentes de ella en la Compilación de 2 de diciembre de 1963. En efecto, en ningún precepto de la citada Compilación se hacía específica referencia a la modalidad de partición por testador que comentamos. Como se ha dicho, parece que uno de los motivos principales que se tuvo en cuenta para introducir esta figura en la LDCG. fue el reiterado uso que de algunas formas sucedáneas de la partición conjunta se hacía, a pesar de no estar expresamente regulada por ningún cuerpo legal². Al parecer, se recurría a la “partija conjunta” debido a la gran utilidad que ofrecía de cara a la división y partición de los patrimonios de los cónyuges³. En efecto, a través de esta figura se permite que los cónyuges realicen de forma conjunta la distribución de sus herencias, tal y como establece el artículo 157.2 de la LDCG. al disponer que “*los cónyuges pueden partir conjuntamente en un solo documento, aunque testasen por separado*”⁴.

Compilación de Galicia”, en *Estudios de Derecho Civil*, tomos I y II, Aranzadi, Navarra, 1992, pp. 225-329 y 1299-1320.

² Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 157.2 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 237. En el Código civil tampoco existe ningún artículo que se refiera específicamente a la partición por testador efectuada de modo conjunto.

³ Utilidad que se pone especialmente de manifiesto para aquellos cónyuges cuyo régimen económico-matrimonial sea el de sociedad de gananciales (sobre esta materia vid. el capítulo quinto del presente trabajo). Por otra parte, el término “partija” constituye el equivalente castellano del vocablo gallego “partilla”, que, a su vez, proviene del latín *partícula-ae*. La “partilla” representa tanto la “acción de dividir ou repartir algo entre un grupo concreto de persoas” como la “porción que lle corresponde a alguén despois de repartir algo” (cfr. *Diccionario da Real Academia Galega*, Xerais, Vigo, 1997, p. 870). Así pues, el término “partilla” sirve para designar tanto lo que se conoce como partición de herencia como el lote o hijuela resultante de la misma. En este trabajo utilizaremos el término “partija” como sinónimo de “partición”.

⁴ El artículo 157.2 de la LDCG. tiene su origen en el artículo 105.2 del texto presentado por la Comisión No Permanente, de igual redacción. Dicho precepto era de tenor parecido al del artículo 114 del texto presentado por el Consello de Cultura, el cual disponía: “os cónxuxes poderán facer en testamento ou noutro documento a partición dos seus bens”. El

El presente trabajo, dividido en siete capítulos, comienza con una visión general de la partición de la herencia. El concepto, la naturaleza jurídica y las notas características de la partición, así como su relación con la comunidad hereditaria, los diversos modos de efectuarla y las diferentes operaciones particionales en que consiste, son algunas de las cuestiones que se examinan en el capítulo primero. La razón que justifica el referido estudio estriba en las numerosas especialidades que, frente al régimen general de la partición, posee la partición conjunta. Así pues, únicamente teniendo una visión completa del régimen de la partición de herencia se podrá valorar el alcance y significado de las citadas peculiaridades.

Al estudio de lo que en concreto sea la partición conjunta se dedica el capítulo segundo. En él se delimita, por un lado, la figura que comentamos, señalándose su fundamento, sus notas principales –la conjuntividad formal y sustantiva– y las diversas modalidades de llevarla a cabo; y, por otro, se examina la naturaleza de este tipo concreto de partición de herencia. El capítulo segundo finaliza con el estudio de la admisibilidad o no de la partición conjunta en el Código civil, Cuerpo legal en el que no se regula de forma expresa.

A continuación, en los capítulos tercero, cuarto y quinto se analiza lo que se puede denominar como perspectiva estática de la partición conjunta; esto es: su presupuesto, sus elementos personales y formales, así como su objeto. En el capítulo tercero se aborda la cuestión de los presupuestos de la partija. Como se indica en el referido lugar, la partición conjunta efectuada por los cónyuges ha de ir, en todo caso, acompañada de un acto dispositivo en el que se apoya y del que trae causa. Ello es debido al carácter accesorio que tiene la partija respecto del acto dispositivo que, según se deduce del texto legal de

actual artículo 157.2 LDCG. constituía en la Proposición de Ley el artículo 150.2, siendo la única enmienda presentada a dicho precepto –y que fue aceptada– la número 21, realizada por el Partido Popular, sobre nueva numeración. De este modo el artículo 150.2 de la Proposición de Ley pasó a ser el artículo 157 en el informe de la Ponencia y el artículo 157.2 en la redacción definitiva de la Ley.

referencia (cfr. arts. 157 y ss. LDCG.), ha de incluirse necesariamente en un testamento. Esto último, aun cuando la partición pueda realizarse en el mismo testamento en que se contenga el acto dispositivo, o en un documento al margen de él. La indicada característica de la accesoriedad conlleva también que la partición sea tributaria de todo lo que le suceda al acto dispositivo contenido en el testamento –ya sea éste revocado o declarado nulo, por ejemplo–; materias que se estudian en el capítulo tercero.

En el siguiente capítulo se analizan los elementos personales de la partición conjunta. En él, especial atención se presta a los requisitos necesarios para poder efectuarla: que los testadores tengan capacidad para partir, vecindad civil gallega y que estén unidos por vínculo matrimonial; esto es, que sean cónyuges. A la vista de ello, también se estudia en dicho ámbito la incidencia de las eventuales crisis matrimoniales y de la declaración de nulidad del matrimonio en la partición conjunta. El capítulo cuarto termina con el examen de la posibilidad de intervención de otras personas en dicha partición. En concreto, se analiza si pueden intervenir en ella los coherederos instituidos por los testadores o un tercero en sustitución de uno o ambos cónyuges.

El estudio de la partición conjunta desde una perspectiva estática se concluye con el análisis de su objeto, materia a la que se dedica el capítulo quinto. En él, tras la determinación de lo que sea la herencia, se examina detalladamente el contenido del haber partible, tanto desde un punto de vista negativo –los bienes que se han de excluir–, como positivo –los bienes que se han de incluir–. Dentro de los bienes que se pueden incluir en el haber partible se analiza de modo singular la incidencia de los regímenes económico-matrimoniales en la partición, así como la relación existente entre los diferentes tipos de sustitución –vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria– y la partición conjunta. Un apartado dedicado a la partición parcial de la herencia cierra el capítulo quinto.

Tras el examen de la partición conjunta desde una perspectiva estática, en los capítulos sexto y séptimo se aborda el estudio de dicha figura desde una perspectiva dinámica. El primero de tales capítulos se dedica al estudio de los

modos de revocación de una partija conjunta ya efectuada, así como algunas cuestiones relativas a su ejecución: los pactos que pueden asegurar su eficacia o los problemas que la ejecución de la partición puede originar en relación con las legítimas. Dicho estudio se completa con una referencia al fenómeno de la correspectividad, habida cuenta de la importante incidencia que tiene en la revocación de una partición conjunta.

El último capítulo del presente trabajo se centra en el análisis de los diversos supuestos en que cabe impugnar una partición conjunta. En efecto, aun cuando lo normal sea la validez y eficacia del negocio particional, éste, como todo negocio jurídico, puede ser objeto de impugnación en aquellos casos en que no reúna los presupuestos o los requisitos que la ley exige para su validez y eficacia. Así, en el séptimo capítulo se señalan las causas que determinan tanto la nulidad radical de una partición conjunta como la nulidad relativa o anulabilidad de la misma. Igualmente, también se dedican algunos apartados al estudio de los límites de la autonomía de la voluntad partitiva de los testadores, en donde se examinan las soluciones aplicables a las posibles discordancias o divergencias existentes entre un acto dispositivo testamentario y una partición conjunta, ya se refieran aquéllas a los objetos o a las personas. Junto con ello y con carácter previo a la determinación de las causas de impugnación de la partición conjunta, se hace una referencia al principio del *favor partitionis*, en atención a su carácter de principio-marco en esta materia.

Así estructurado el presente trabajo, y antes de comenzar con la exposición de la teoría general de la partición de la herencia, resulta preciso detenerse a efectuar algunas consideraciones relativas a la supletoriedad del Código civil respecto de la Ley de Derecho Civil de Galicia, a fin de delimitar el régimen jurídico de referencia necesario para abordar la materia objeto de estudio.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

De acuerdo con la distribución de competencias que la Constitución Española de 1978 (CE.) establece entre el Estado y las Comunidades Autónomas, éstas tienen un ámbito competencial propio donde la regulación

autonómica es de aplicación preferente⁵. En relación con la legislación civil, dicho ámbito viene determinado por el artículo 149.1.8 CE. –“*conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”⁶– y por las materias que los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad hayan asumido en aplicación de lo dispuesto por el artículo 149.3 CE., a cuyo tenor: “*las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos*”.

En lo que a Galicia se refiere, el Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, asumió para sí de modo exclusivo, entre otras competencias, la de “*conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego*” (art. 27.4). Fruto de la citada asunción es la Ley 4/1995 de 24 de mayo reguladora del Derecho civil de Galicia, en la que se encuentran recogidas las únicas normas que, específicamente, se refieren a nuestro objeto de estudio en el Derecho gallego⁷. Con todo, la

⁵ A este respecto, IGLESIAS CORRAL (“Comentarios al artículo 2 de la Compilación de Galicia”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, Edersa, Madrid, 1979, pp. 10 y 11) señala que los Derechos forales se erigen como Derecho común aplicable en las Comunidades Autónomas donde tienen vigencia. De lo anterior cabría colegir que existe una presunción de aplicación del Derecho civil autonómico en el ámbito de vigencia de éste, siempre y cuando no se deduzca de los hechos que es posible la aplicación de otro Derecho civil (cfr. BAYOD LÓPEZ, “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés”, en VVAA., *Actas de los octavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 64).

⁶ Sobre el significado de los términos “*conservación, modificación y desarrollo*” se han elaborado tres tesis diversas –amplia, estricta e intermedia–, expuestas por DE PABLO CONTRERAS en VVAA., *Curso de Derecho civil*, tomo I, Colex, Madrid, 1998, p. 89. Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, son básicas, en esta materia, las sentencias 121/1992 de 28 de septiembre, 182/1992 de 16 de noviembre, 88/1993 de 12 de marzo, 156/1993 de 6 de mayo y 226/1993 de 8 de julio.

⁷ Al margen de que la LDCG. constituya un primer paso para configurar un ordenamiento jurídico gallego, lo cierto es que su articulado no contiene un régimen jurídico completo, sino que para su aplicación y ejecución ha de recurrirse con mucha frecuencia al Código civil. En otro orden de cosas, la redacción de la LDCG. contiene en sí varias deficiencias: artículos

normativa relativa a la partición conjunta se ha de completar con las normas que resultan de aplicación a causa del fenómeno de la supletoriedad.

El marco normativo en que se apoya esta supletoriedad viene constituido, fundamentalmente, por el artículo 149.3 de la Constitución Española que establece que “*el Derecho estatal será en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas*”⁸. Así pues, el Derecho estatal actúa como Derecho supletorio a los efectos de completar todas aquellas lagunas y todos aquellos supuestos no previstos por el legislador autonómico en el ámbito competencial propio de éste, delineado, como sabemos, por el propio artículo 149 CE.⁹

En lo que respecta de manera específica a Galicia, la realidad de la supletoriedad del Código civil respecto de la LDCG. viene recogida expresamente en el artículo 3 de la citada Ley. En él se establece que: “*1. Se aplicarán el Código civil y las demás leyes civiles comunes cuando, al faltar*

repetidos (arts. 134, 135, 155 y 156), inexactitudes (p. ej. el mantenimiento de la irrevocabilidad de las disposiciones contenidas en un testamento mancomunado a favor de una persona que sea incapaz de heredar –art. 140 LDCG.–), etc. (en esta materia, vid. los errores, insuficiencias y contradicciones que recoge PÉREZ ÁLVAREZ en “El Derecho sucesorio gallego: introducción”, VVAA., *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, pp. 220 y 221). Junto con ello, DURÁN RIVACOBIA (*Derecho interregional*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 194 y 195) consideró en su momento que la citada ley incurría en un “grave y reiterado abuso de competencia” que tendría que cristalizar en el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad contra la LDCG.

⁸ Sobre la interpretación del artículo 149.3 CE., vid., entre otros, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El artículo 149.1, Regla 8, de la CE.*, Civitas, Madrid, 1997, en especial las pp. 75 y ss., y la doctrina que allí se cita. Y respecto de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad vid. las sentencias 147/1991 de 4 de julio, 79/1992 de 28 de mayo, 155/1993 de 6 de mayo, 118/1996 de 27 de junio y 61/1997 de 20 de marzo.

⁹ Sobre el significado anfibológico del término Derecho supletorio, vid. BERNALDO DE QUIRÓS, voz “Derecho supletorio”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XI, Barcelona, 1910, pp. 309 y ss.; MORENO, voz “Derecho supletorio”, en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VII, Barcelona, 1980, pp. 19 y ss.; y, más recientemente, BAYOD LÓPEZ, “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio...”, cit., pp. 42 y 43.

*costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego. 2. No serán de aplicación los usos y costumbres cuando fuesen contrarios a leyes imperativas*¹⁰. De acuerdo con esta previsión del legislador, en la materia objeto de estudio será necesario acudir a las costumbres y usos gallegos, en el caso de que existan, y al régimen del Derecho gallego contenido en la LDCG. de 4 de mayo de 1995 antes de recurrir a la técnica de la supletoriedad del Código civil¹¹. En efecto,

¹⁰ El ámbito de aplicación del Derecho civil gallego viene regulado y delimitado por los artículos 4 y 5 de la LDCG. que establecen lo siguiente:

Art. 4: “*El Derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, con arreglo al Derecho interregional o internacional privado, hayan de aplicarse otras normas*”.

Art. 5: “*1. La sujeción al Derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto por el Derecho civil común. 2. Los gallegos que residan fuera de Galicia tendrán derecho a mantener la vecindad civil gallega con arreglo a lo dispuesto en el Derecho civil común y, en consecuencia, podrán seguir sujetos al Derecho civil de Galicia*”.

¹¹ La técnica heterointegradora de la supletoriedad (cfr. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, vol. I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 103 y 104) tiene distinto fundamento desde la promulgación de la CE. de 1978. Con anterioridad a dicha fecha las relaciones existentes entre el Código civil y los distintos ordenamientos forales –en aquel momento estaba vigente la *Compilación Gallega de 1963*– era de *supletoriedad entre normas civiles*. Y ello, porque tanto el Código civil como las *Compilaciones* eran normas emanadas por el único legislador posible: el legislador estatal (cfr., a este respecto, lo que escribe REBOLLEDO VARELA en “Prólogo” a la *Compilación del Derecho Civil de Galicia de 2 de diciembre de 1963*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 550). El Código civil como Derecho general y completo tenía la vocación de colmar los vacíos existentes en los Derechos forales, concebidos como algo “excepcional”. A partir de 1978, el bloque de constitucionalidad –la Constitución de 1978 y los Estatutos de Autonomía– modifica los principios sobre los que se articula la supletoriedad: dejan de ser el de jerarquía y el de posterioridad, como sucedía en el período preconstitucional, para pasar a ser los de competencia e igualdad entre los ordenamientos jurídicos. De esta forma, la supletoriedad actúa ahora entre *ordenamientos jurídicos diferentes* emanados de legisladores diversos. De acuerdo con estos principios, la supletoriedad del Código civil no tiene lugar por gozar éste de la característica de Derecho común sino de Derecho estatal. Así las cosas, es preciso tener en cuenta que tal supletoriedad tiene lugar en el ámbito de competencias propio del legislador autonómico si éste no las ha ejercitado. Es decir, en nuestro caso, el legislador autonómico, dentro de su ámbito competencial, tiene la potestad de controlar y frenar la supletoriedad del Código civil mediante la creación de normas que se antepongan a la aplicación del Código en

como se establece en el citado precepto, es preciso acudir en primer lugar a la autointegración; es decir, a intentar colmar la laguna existente en el ordenamiento jurídico foral recurriendo al sistema de fuentes propio de dicho ordenamiento¹². De esta forma, el Derecho estatal se configura como el último recurso reservado para aquellos supuestos en que exista una laguna que no pueda ser colmada con el ordenamiento jurídico foral¹³.

tales materias. Entonces, el Código quedará desplazado –no derogado–, sin perjuicio de la “indefinida vocación del Código civil a ser Derecho supletorio” (BAYOD LÓPEZ, “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio...”, cit., p. 42). Por tanto, queda en manos del legislador autonómico que el Derecho del Código civil resulte inaplicable dentro del ámbito competencial propio –“conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan” (art. 149.1.8. CE.)– si la regulación foral es completa. Junto con lo anterior, no se ha de olvidar tampoco que a la supletoriedad cabe otorgarle otro sentido: por razón de la especialidad de la materia. De acuerdo con él, respecto de las otras ramas del Derecho en sus respectivos territorios, los Derechos civiles forales cumplen la función de supletoriedad que corresponde al Derecho civil en cuanto Derecho común (cfr. DE PABLO CONTRERAS, en VVAA., *Curso de Derecho civil*, tomo I, cit., p. 40).

¹² El resto de las legislaciones civiles existentes en España recogen también el fenómeno de la autointegración. A tal efecto, vid., a modo de ejemplo, los artículos 1 a 3 de la Ley 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, de 24 de febrero; los artículos 1 y 2 de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, y las leyes 1 y ss. del Fuero Nuevo de Navarra.

¹³ Sobre los distintos tipos de lagunas, vid. BALAGUER CALLEJÓN, “La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal”, *Revista de Administración Pública*, nº 124, enero-abril, 1991, pp. 104-108 y BAYOD LÓPEZ, “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio...”, cit., pp. 72 y ss. Ambos autores precisan también que los silencios del legislador autonómico no pueden ser interpretados, en todo caso, como laguna. En efecto, los espacios vacíos pueden ser decisiones legítimas del legislador autonómico tomadas en el ámbito de su competencia (cfr. BALAGUER CALLEJÓN, “La integración del Derecho autonómico...”, cit., pp. 106, 107 y 143 y BAYOD LÓPEZ, “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio...”, cit., p. 75). En sentido parecido se pronunció con anterioridad DE PABLO CONTRERAS al indicar, con referencia al ordenamiento navarro –afirmación que es aplicable al resto de los ordenamientos jurídico-forales–, que “donde ha de existir la laguna es en el ordenamiento navarro. Ello significa que sólo desde éste puede indagar el intérprete la existencia o no de lagunas”. Así, cree que “no existirán lagunas (...) cuando la existencia de supuestos no regulados por aquél (Derecho navarro), aunque sí por éste (Derecho estatal), esté de acuerdo con el propio sistema navarro y sea una

Ello expuesto, no se ha de olvidar que la regulación que la Ley de Derecho Civil de Galicia contiene, relativa a la partición conjunta y a otras materias con ella relacionadas –comunidad hereditaria, operaciones particionales–, resulta un tanto limitada en algunos casos, e incluso inexistente en otros. Por tal motivo, cabe vislumbrar la necesidad de recurrir con frecuencia a las normas del Código civil, así como a la doctrina y a la jurisprudencia que los interpreta, con el fin de integrar y completar aquellos supuestos y aspectos no previstos por la LDCG.

simple manifestación de una regulación sencillamente diferente, consecuencia de una diversa política legislativa” (DE PABLO CONTRERAS-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil Navarro*, tomo I, Eunsa, Pamplona, 1990, p. 63). Vid., también, BALZA AGUILERA-DE PABLO CONTRERAS, “El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 55, julio-septiembre, 1987, pp. 381 y ss., en especial las pp. 423 y ss.

CAPÍTULO PRIMERO

**TEORÍA GENERAL DE LA
PARTICIÓN**

I. LA APERTURA DE LA SUCESIÓN: LA COMUNIDAD HEREDITARIA

1.1 Preliminar

Son diversas las figuras que tratan de solucionar los problemas derivados de la muerte de una persona y consiguiente apertura de su sucesión (cfr. art. 657 Cc.). No obstante, la finalidad de todo el proceso que se inicia con el fallecimiento de una persona –causante– consiste en que se realice la *sucesión* en las relaciones jurídicas de que era titular. O también: la finalidad de la sucesión reside en que los bienes del patrimonio del causante se distribuyan efectivamente entre las personas que tienen derecho a ellos¹⁴. Mas, cuanto antes y mejor se consiga efectuar la distribución de los bienes, la seguridad y el tráfico jurídico se verán menos alterados por la muerte del titular de las relaciones jurídicas. Por el contrario, cuanto más tiempo se tarde en conseguir esta subrogación en las titularidades, el tráfico jurídico se verá más afectado y se puede dar lugar a diversos problemas¹⁵.

¹⁴ Como ha afirmado DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva y vinculante de la partición extratestamentaria hecha por el testador”, en VVAA., *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, p. 394), de lo que se trata en el proceso sucesorio, desde un punto de vista “puramente material o teleológico (..), es de que los bienes relictos sean adquiridos por los herederos e interesados, que las relaciones jurídicas anudadas a la persona del causante sean articuladas en los herederos”. En otro orden de cosas, avanzamos ya desde ahora que, a salvo indicaciones específicas, las referencias al “heredero” son en un sentido genérico, incluyendo también a los legatarios de parte alícuota, pues no se ignora que éstos también son parte interesada en la sucesión en la que pueden recibir bienes (vid. notas nº 16 y nº 31). De igual modo, señalamos también aquí que, a salvo advertencias expresas, no se utiliza el término “bien” en un sentido técnico (vid. a este respecto, lo indicado en la nota nº 518). Sobre los diferentes significados de dicho término, vid. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. III, 2ª edición revisada por Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 1 y ss.

¹⁵ A modo de ejemplo, en una herencia liquidada y distribuida veinte años después del fallecimiento del causante es más fácil que surjan problemas relacionados con la administración de los bienes hereditarios, con la rendición de cuentas por parte del administrador –si lo hay– (cfr. arts. 967, 1.031 y 1.032.2 Cc. y, analógicamente, arts. 907 y

En relación con lo anterior, cuando en la sucesión sólo concurre un llamado a título universal, heredará todo el caudal hereditario (arg. *ex art. 660 Cc.*)¹⁶. Esto es, el llamado será el único sucesor en las relaciones jurídicas transmisibles de que era titular el causante (cfr. *art. 659 Cc.*)¹⁷. Por tanto, el único llamado a título universal no comparte con nadie el derecho sobre la herencia¹⁸.

1.720 Cc.), o con la interpretación de la voluntad del testador (cfr. *art. 675 Cc.*), que en una herencia distribuida al poco del fallecimiento del causante.

¹⁶ Como es conocido, el concepto de sucesión hace referencia a que una persona subentra en el puesto de otra en una relación jurídica que permanece inalterada a pesar de dicha “entrada”. Tal sucesión puede ser *universal*, esto es, “de golpe” –*uno ictu*– en un conjunto o masa de derechos, obligaciones y cosas, sin necesidad de sucesión específica para cada uno de los elementos de dicha masa, y también puede ser sucesión *particular*: se sucede en una relación jurídica concreta y determinada. De acuerdo con lo establecido por el artículo 660 del Código civil, la sucesión *a título universal* se suele identificar con el llamamiento como heredero y la sucesión *a título particular* con el llamamiento como legatario. No obstante, tal identificación no tiene, en modo alguno, carácter absoluto ya que puede existir sucesión *universal* sin llamamiento como heredero –p. ej. el legatario de parte alícuota–, sucesión *particular* sin que el llamado sea un legatario –p. ej. heredero *ex certa re* (cfr. *art. 768 Cc.*)–, e incluso legados sin sucesión (cfr. *art. 870 Cc.*). Sobre la distinción entre los términos *sucesión universal-sucesión particular* y heredero-legatario, vid., por todos, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 9-34 –en principio, todas las referencias que se efectúen a esta obra corresponden a la segunda edición de la misma, excepto en aquellos casos en que expresamente se indique otra cosa–.

¹⁷ Para un análisis detallado de la transmisibilidad e intransmisibilidad de las relaciones jurídicas vid. el capítulo quinto del presente trabajo.

¹⁸ Como se reseña en el texto, cuando únicamente exista una persona instituida como heredero, sucede al causante en todas las relaciones jurídicas transmisibles de que era titular. Si la institución ha sido realizada por el causante a través de testamento (cfr. arts. 117 LDCG. y 658 en el ámbito del Cc.), dicho instrumento constituirá por sí sólo título traslativo del dominio de la herencia, según pone de manifiesto la jurisprudencia ya desde las sentencias de 20 de febrero de 1890 (Jurisprudencia Civil tomo LXVII nº 48) y 31 de enero de 1903 (JC. tomo XCV nº 33). En esta última se reconocía que “el testamento (..) constituye por sí solo título traslativo del dominio de la herencia, sin necesidad de que para esa transmisión se otorgue escritura de partición de bienes, la cual (..) tan sólo es necesaria para poner término a la comunidad inherente a la indivisión cuando hay más de un partícipe”. Vid., en el mismo

No obstante, el proceso no resulta tan simple cuando concurre una pluralidad de sucesores llamados a título universal. En estos casos, tras el fallecimiento del causante surge una comunidad entre los llamados a suceder conocida como comunidad hereditaria¹⁹. Esta comunidad que, como su mismo nombre indica, recae sobre la herencia, tiene carácter incidental y transitorio²⁰. En efecto, la función de la comunidad hereditaria radica en regular las relaciones jurídicas derivadas de los bienes que la integran durante el tiempo que ésta exista; esto es: desde el momento del fallecimiento del causante y aceptación de los llamados a título universal, hasta el momento en que se pone fin a dicha comunidad a través de alguno de los distintos medios de extinción de la misma determinados por el ordenamiento jurídico. En otros términos: la finalidad de la comunidad hereditaria estriba en ordenar el tránsito de los bienes del causante –de las relaciones jurídicas de que era titular– a los patrimonios particulares de los llamados a la herencia²¹.

sentido, las sentencias de 16 de febrero de 1987 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 694) y de 26 de febrero de 2004 (RJA. nº 1.750). Si no se hubiera otorgado testamento, o aquél fuese nulo, y la sucesión se hubiese deferido conforme a las normas de la sucesión legítima o *abintestato* (cfr. arts. 117 y 152 LDCG. y 658 y 912 en el Código civil), será necesaria la declaración de herederos, que también bastará como título traslativo del dominio.

¹⁹ Ordinariamente nace la comunidad hereditaria cuando existe una pluralidad de llamados a título universal que aceptan la herencia. Sin embargo, el testador puede impedir el surgimiento de dicha comunidad cuando: realiza por sí mismo la partición de su herencia (cfr. arts. 157 y ss. LDCG.); atribuye todo su haber mediante instituciones *ex re certa* (cfr. art. 768 Cc.); distribuye toda su herencia en legados de bienes determinados (cfr. art. 891 Cc.), o cuando combine algunas de las citadas formas. Sobre este aspecto, vid. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, Civitas, Madrid, 1984, p. 867.

²⁰ Sobre la base de lo dispuesto por el artículo 659 del Código civil –“*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*”–, en el capítulo quinto del presente trabajo se estudiará con detalle qué bienes se incluyen y se excluyen de la herencia, y la relación existente entre los bienes de la comunidad hereditaria y los que son objeto de la partición.

²¹ Cfr. GARCÍA VALDECASAS, “La comunidad hereditaria”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXIII, abril, 1952, p. 396, publicado también en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, Madrid, 1953, pp. 237-270.

Con todo, la comunidad a que nos referimos no está regulada de modo expreso por el Código civil ni por la Ley de Derecho Civil de Galicia: únicamente en el primero de los dos citados cuerpos legales se contiene alguna norma relativa a la misma –a ella nos referiremos en los siguientes apartados–. Lo anterior ha motivado que haya sido en sede jurisprudencial y doctrinal donde se ha tratado de suplir tales lagunas perfilando el régimen jurídico de la comunidad hereditaria. En dicho ámbito, tres cuestiones han sido objeto de especial consideración. En primer lugar, al recaer la comunidad sobre una pluralidad de derechos –los que configuran la herencia–, se ha cuestionado si existe una única comunidad sobre la herencia o una pluralidad de comunidades –tantas como bienes o derechos la componen–. En segundo lugar, también ha sido objeto de discusión el modelo por el que se ha de regir la comunidad hereditaria; esto es: su naturaleza. Y por último, también se ha debatido en torno a la configuración de la comunidad hereditaria²². En atención al carácter incidental que las dos primeras cuestiones planteadas tienen para el presente estudio, en el siguiente epígrafe únicamente recogeremos las distintas soluciones que, en relación con ellas, se han propuesto en la jurisprudencia y en la doctrina, tomando partido en las mismas. Una vez efectuada dicha tarea, trataremos con un poco más de detenimiento los caracteres que configuran la comunidad hereditaria.

1.2 En torno a la unidad o pluralidad de comunidades. La naturaleza jurídica de la comunidad

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, la mayoría de la doctrina, realizando una unificación conceptual, considera que la herencia constituye una unidad patrimonial sometida a un mismo régimen jurídico que es especial. De acuerdo con ello, se afirma que en la comunidad hereditaria

²² Respecto de las cuestiones indicadas en el texto, vid. el completo resumen de opiniones recogido por VALLET en “Discurso de investidura de Juan B. Vallet de Goytisolo: Relectura en torno a la comunidad hereditaria”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 127, enero-marzo, 1985, pp. 345-398.

únicamente existe una comunidad que recae sobre el patrimonio hereditario concebido como un todo, y no una suma de comunidades, tantas como objetos haya en la herencia²³. En la herencia así concebida, cada heredero tendría una

²³ Vid., por todos, FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona, 1954, pp. 15 y ss., en especial la p. 32, donde apunta que la concepción de la herencia como *universitas* solamente constituye una categoría de orden lógico y no una categoría ontológica. La unificación conceptual a que nos referimos en el texto es, por tanto, una “ficción” a la que se acude por su utilidad: un modo de considerar la herencia que simplifica las relaciones internas y externas que la existencia de la comunidad hereditaria conlleva. En contra de la citada unificación, CHAMORRO considera que la concepción de la herencia como objeto único constituye un supuesto arbitrario, y defiende que en la comunidad hereditaria existen tantas comunidades como bienes (cfr. “Los derechos hereditarios”, *RGLJ.*, tomo I, nº 4, abril, 1941, pp. 312 y ss., en especial las pp. 332 y 333). Sobre el resto de autores que no admiten la citada unificación conceptual –entre otros, SANZ y NÚÑEZ LAGOS–, vid. ROMERO CERDEIRIÑA, “En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda”, *AAMN.*, tomo V, Madrid, 1950, pp. 273-337, en especial las pp. 308 y ss. y FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit., pp. 16 y ss. En contra de la tesis minoritaria defendida por Chamorro –en la comunidad hereditaria hay tantas comunidades como bienes y derechos la integren–, ya la resolución de la DGRN. de 6 de diciembre de 1926 (JC. tomo CLXXII nº 149), entre otras, declaró que a los herederos se les atribuye una cuota ideal en la totalidad de la masa; cuota que está determinada respecto a la totalidad, pero indeterminada en cuanto a los objetos que la componen (cfr. también la sentencia de 7 de octubre de 1963 –RJA. nº 3.994–). Asimismo, la resolución de la DGRN. de 29 de agosto de 1925 (JC. tomo CLXVII nº 114) reconoció que la comunidad formada sobre la masa hereditaria se refería a un patrimonio y no a un objeto singular. En otro orden de cosas, aunque muy relacionado con la unificación conceptual referida, es preciso apuntar que no existe unanimidad doctrinal ni sobre la existencia del llamado “derecho hereditario”, ni sobre su naturaleza (vid. una definición del mismo en la nota nº 60). Un grupo de autores niega su existencia como derecho independiente –los que niegan que la herencia se conciba como un todo unitario–, y sobre su naturaleza se han defendido diversas tesis: el derecho hereditario es un derecho real, un modo de adquirir, un *ius ad rem* o un derecho absoluto. Una visión general sobre esta materia se puede obtener consultando DE LA CÁMARA, “El derecho hereditario *in abstracto*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 19, 1926, pp. 490-507; ROMERO CERDEIRIÑA, “En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda”, cit., pp. 275 a 279 y 305 a 307, FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit., pp. 15-49; y, más recientemente, GUTIÉRREZ JEREZ, “Sobre la naturaleza jurídica del derecho hereditario y su constancia registral”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 765-774. Al margen de la discusión doctrinal apuntada y de acuerdo con la legislación registral, el artículo 42.6 de la Ley Hipotecaria permite anotar, de modo preventivo, en el Registro de la propiedad el derecho hereditario de los herederos “cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos,

titularidad sobre el todo que compartiría con el resto de los herederos en función de las cuotas en que hayan sido instituidos. Dichas cuotas se establecen sobre la herencia y no sobre cada uno de los bienes que la integran, de tal modo que cada cuota estará determinada respecto a la totalidad –un décimo, un tercio–, pero indeterminada en cuanto a los objetos que la componen.

Señalado que existe una única comunidad sobre toda la herencia, por lo que a la naturaleza de la comunidad hereditaria se refiere, tres han sido las opiniones que se han mantenido. Un primer sector de la doctrina y de la jurisprudencia defiende que la comunidad hereditaria ha de seguir el modelo de la comunidad romana²⁴. Otro sector, en cambio, opina que dicha

cuotas o partes indivisas de los mismos”. Sobre este aspecto cfr. también la resolución de la DGRN. de 26 de enero de 1906 (JC. tomo CIII nº 33).

²⁴ La comunidad romana, como es conocido, se construye sobre la idea de “cuota”, que viene a ser un modo de armonizar el llamamiento a título universal –por el todo– con la concurrencia de una pluralidad de herederos llamados por tal título. En este sentido, la cuota es el resultado de una división intelectual de la herencia en partes, cada una de las cuales atribuye al adjudicatario de la misma el derecho a pedir la división de la herencia con el fin de que aquella cuota “ideal” se concrete en bienes determinados –la cuota es un derecho que forma parte del patrimonio de cada comunero pero que no tiene un contenido propio y determinado puesto que es la “medida aritmética” de un derecho–. Además, cada comunero, en tanto titular de su cuota, puede disponer de ella, provocando, a través de tal disposición, la alteración de los elementos subjetivos de la comunidad: el adquirente de la cuota ocupa el lugar del comunero enajenante en la comunidad. Siendo ello así, la referida disponibilidad sobre las cuotas y el carácter transitorio de la comunidad son características propias de la comunidad romana de las que goza la comunidad hereditaria en el Derecho español, como cabe deducir de los artículos 1.051 y 1.052 del Código civil, en los que se contempla el derecho de los herederos para pedir la división de la comunidad, y del artículo 1.067 del mismo Cuerpo legal. Quizá por ello es por lo que Chamorro, cuya tesis minoritaria ya ha sido señalada en la nota precedente, considera que todas las comunidades que existen en la comunidad hereditaria –tantas como bienes o derechos– son del tipo de la comunidad romana (“Los derechos hereditarios”, cit., pp. 312 y ss., en especial la p. 333). Sobre la distinción de la comunidad romana y la germánica, vid. la resolución de la DGRN. de 8 de julio de 1933 (RJA. nº 249) y la sentencia de 21 de marzo de 1968 (RJA. nº 1.742).

comunidad se aproxima más a la comunidad germánica²⁵. Y un tercer sector, con el que nos alineamos, entiende que se trata de una comunidad que tiene un régimen especial, en parte similar al de la comunidad romana y en parte similar al de la comunidad germánica²⁶. A este respecto y siguiendo a este

²⁵ La doctrina ha venido caracterizando la comunidad germánica como una comunidad en la que no existe la idea de cuota, y, como consecuencia de ello, los coherederos carecen de acción de división: cada partícipe es propietario de la totalidad de la cosa aun cuando su derecho se vea limitado por un derecho igual del que son titulares los demás copartícipes (cfr. DE LA CÁMARA, “El derecho hereditario *in abstracto*”, cit., p. 505). La configuración expuesta es coherente con la tradición germánica sobre la comunidad familiar, con la que entronca, en la que existían unas fuertes vinculaciones personales. Así, desde un punto de vista meramente externo, la comunidad germánica se presenta como un todo unitario. Entre los autores que consideran que la comunidad hereditaria se configura en el Derecho español como una comunidad del tipo germánico, o que, por lo menos, se aproxima a ella, se encuentran: CAMPUZANO (*Elementos de Derecho hipotecario*, tomo I, 2ª edición, Reus, Madrid, 1931, pp. 370 y 371), GONZÁLEZ (“La comunidad hereditaria”, *RCDI.*, vol. VII, nº 75, 1931, pp. 174 y ss., en especial la p. 182; aun cuando este autor es más partidario de la tesis germanista no se pronuncia de modo rotundo y expreso sobre la naturaleza de la comunidad), ROMERO CERDEIRIÑA (“En torno al concepto del derecho hereditario: la última moda”, cit., p. 270), GARCÍA VALDECASAS (“La comunidad hereditaria”, cit., pp. 395-426 y ss.) y O’CALLAGHAN (*Compendio de Derecho civil*, tomo V, 5ª edición, Edersa, Madrid, 1999, p. 390). Y en la jurisprudencia, vid. la sentencia de 19 de junio de 1995 (RJA. nº 5.320). Con todo, resulta más exacto reconocer que las cuotas de la comunidad germánica –es necesaria la existencia de algún tipo de cuota o participación, por lo menos a los efectos de poner límite a los distintos aprovechamientos de la cosa– son distintas a las de la comunidad romana: no constituyen una posición jurídica autónoma como éstas, y, por tanto, no otorgan alguna de las facultades que ésta tiene, entre las que se encuentra la disponibilidad sobre la misma –lo que resulta coherente con las fuertes vinculaciones personales señaladas–. Sobre este particular, vid. la exposición de GARCÍA-GRANERO, “Cotitularidad y comunidad. *Gesamte hand o comunidad en mano común*, 2ª parte”, *RCDI.*, nº 215, abril, 1946, pp. 227-235, donde realiza un magnífico resumen de las características de la comunidad germánica; ROMERO CERDEIRIÑA, “En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda”, cit., pp. 289-294, quien además también defiende la compatibilidad de la comunidad germánica con la negociabilidad de la cuota; y FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit., pp. 64 y 65.

²⁶ Son partidarios de esta opinión, entre otros, GARCÍA-GRANERO (“Cotitularidad y comunidad. *Gesamte hand o comunidad en mano común*, 5ª parte”, *RCDI.*, nº 221, octubre, 1946, pp. 618 y ss., en especial las pp. 621 a 624), ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 537-539), ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951, p. 326) y FERRANDIS VILELLA (*La comunidad hereditaria*, cit., pp. 51

sector doctrinal, entiendo que la comunidad hereditaria se asemeja a la romana en la existencia de cuotas, en las reglas de régimen interno y en el carácter transitorio de la misma. Y se aproxima a la germánica respecto de las cosas singulares de la herencia: cada uno de los bienes o derechos de la herencia pertenecen en bloque a la mancomunidad de herederos, sin que exista un poder de disposición individual de cada heredero respecto de cualquier bien concreto.

1.3 La configuración de la comunidad hereditaria

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, la doctrina y la jurisprudencia han ido delimitando la configuración de la comunidad hereditaria. En particular, han concretado la normativa por la que se rige, el régimen relativo a los bienes que la integran y los elementos personales de la misma. Lo anterior, junto con el carácter temporal de la comunidad, derivado de los artículos 1.051 y 1.052 del Código civil, constituyen los elementos configuradores esenciales de la comunidad hereditaria.

Por lo que se refiere a la primera cuestión –la normativa por la que se rige la comunidad–, la ausencia de preceptos que específicamente determinen las normas por las que se debe regir ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a establecer la relación normativa que a continuación se expone. Así, integrando con la Ley de Derecho Civil de Galicia las opiniones doctrinales y el criterio jurisprudencial, la comunidad hereditaria se regirá: por los preceptos imperativos de la LDCG. y del Código civil; por las disposiciones establecidas por el testador; por las disposiciones que hayan sido fruto de un pacto entre los coherederos; por las normas de la LDCG. y del Código civil

y ss.). Con todo, GARCÍA-GRANERO considera que la comunidad hereditaria se aproxima más a la germánica, mientras que ROCA SASTRE la concibe como más próxima a la comunidad romana. Esta última tesis de ROCA SASTRE modifica la defendida anteriormente por el mismo autor, de corte más germanista, en “La partición, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?”, *RCDI*, nº 57, septiembre, 1929, pp. 651 y ss., en especial p. 655. Reconociendo que la comunidad hereditaria tiene un régimen especial, vid. las sentencias de 30 de abril de 1935 (RJA. nº 818), de 6 de mayo de 1958 (RJA. nº 1.719) y de 21 de marzo de 1968 (RJA. nº 1.742), entre otras.

sobre partición, colación y pago de deudas hereditarias; y por las disposiciones contenidas en los artículos que regulan la comunidad ordinaria (arts. 392 y ss. Cc.) en cuanto sean aplicables por analogía²⁷.

Asimismo, y en lo que atañe al régimen jurídico de los bienes que componen la comunidad hereditaria, también ha sido en sede jurisprudencial y doctrinal donde se ha ido perfilando el régimen relativo a los actos de administración, uso, disfrute y disposición de los mismos. La comunidad, que puede mantener relaciones jurídicas con los patrimonios particulares de los herederos y a la que se le aplica el principio de subrogación real (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*), se rige –sin perjuicio de ciertas excepciones– por las reglas generales que seguidamente señalamos. Primera: ningún coheredero puede ejercitar la acción de división sobre una o varias cosas concretas de la herencia, ya que aquélla ha de ser sobre la totalidad (arg. ex art. 1.052 Cc.)²⁸. Segunda: cada heredero tiene los derechos de uso y coposesión de cualquier copropietario respecto de su cuota, así como la plena titularidad de la misma, de tal modo que puede disponer de ella sin necesidad del consentimiento de los demás coherederos; a ello no obsta el desconocimiento de los bienes concretos que integran la cuota²⁹. Tercera: los

²⁷ Esto último lo confirma el Tribunal Supremo aplicando analógicamente a la comunidad hereditaria las normas de la comunidad ordinaria en las sentencias de 24 de octubre de 1903 (JC. tomo XCVI n° 86), 23 de noviembre de 1903 (JC. tomo XCVI n° 123), 28 de enero de 1919 (JC. tomo CXLV n° 34), 1 de marzo de 1932 (RJA. n° 935), 25 de enero de 1943 (RJA. n° 21), 21 de marzo de 1944 (RJA. n° 528), 9 de junio de 1953 (RJA. n° 1.977) y 5 de julio de 1958 (RJA. n° 2.537), entre muchas otras.

²⁸ En particular, el artículo 1.052 del Código civil dispone lo siguiente: “*todo heredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos*”.

²⁹ Cfr., entre otras, las sentencias de 4 de abril de 1905 (JC. tomo CI n° 2), 29 de diciembre de 1905 (JC. tomo CII n° 166), 25 de enero de 1943 (RJA. n° 21), 11 de febrero de 1952 (RJA. n° 283) y 7 de octubre de 1963 (RJA. n° 3.994). En caso de que un coheredero venda su cuota a un extraño, el resto de los coherederos pueden ejercitar el derecho de retracto (cfr. art. 1.067 Cc.). A este respecto, vid. las sentencias de 25 de noviembre de 1961 (RJA. n° 3.661), 16 de mayo de 1964 (RJA. n° 2.697) y 11 de diciembre de 1964 (RJA. n°

comuneros carecen del derecho de disposición respecto de bienes concretos o de una cuota parte de un bien concreto de la comunidad, salvo que concurra el consentimiento de todos los herederos³⁰. Y cuarta: se aplicarán los artículos 394, 395, 397 y 398 del Código civil relativos a la comunidad ordinaria para la administración y disfrute de los bienes de la herencia mientras se encuentra indivisa, salvo que el causante o los herederos, por acuerdo, establezcan cosa distinta.

Así las cosas, y por lo que a los elementos personales de la comunidad hereditaria se refiere, junto con los herederos llamados a título universal –con independencia de que su llamamiento sea testamentario o legal, o de que sus condiciones de suceder sean diferentes–, comúnmente se admite que los legatarios de parte alícuota también forman parte de aquella comunidad³¹.

5.822), que recogen algunos de los requisitos del retracto: plazo, que no se haya realizado la partición, etc.

³⁰ En relación con el carácter indisponible de los bienes concretos vid., entre muchas otras, las sentencias de 30 de enero de 1909 (JC. tomo CXIII nº 57), 18 de noviembre de 1918 (JC. tomo CXLIV nº 161), 19 de noviembre de 1929 (JC. tomo CXCI nº 53) y la de 11 de abril de 1953 (RJA. nº 1.262). Y admitiendo la enajenación de bienes concretos o su gravamen antes de la partición si concurre el consentimiento de todos los herederos, vid. la sentencia de 30 de abril de 1935 (RJA. nº 818) y la de 15 de febrero de 1947 (RJA. nº 150). Por lo que se refiere a la sanción que conlleva la disposición de un bien concreto por un comunero sin tener el consentimiento de todos los demás, existen diferentes soluciones jurisprudenciales: eficacia condicionada a la adjudicación del bien en la partición (sentencias de 5 de julio de 1958 –RJA. nº 2.537– y de 26 de mayo de 1986 –RJA. nº 2.822–), nulidad absoluta de la venta (sentencias de 25 de septiembre de 1995 –RJA. nº 6.669–, de 30 de diciembre de 1996 –RJA. nº 9.124– y de 6 de octubre de 1997 –RJA. nº 7.356–) y nulidad relativa que únicamente afecta al aspecto real, admitiendo la producción de efectos obligacionales por dicho contrato (sentencia de 31 de enero de 1994 –RJA. nº 642–). Sobre esta materia, vid., LARRONDO LIZÁRRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Colegio de Registradores, Madrid, 1994, pp. 489 y ss., en especial las pp. 701-830, y VARA GONZÁLEZ, “Comunidad hereditaria y enajenación de inmuebles”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 22, abril-junio, 1997, pp. 21-158.

³¹ En efecto, es mayoritaria la opinión doctrinal que considera que el legatario de parte alícuota forma parte de la comunidad hereditaria. Vid., por todos, la exposición de opiniones que sobre este punto recoge NÚÑEZ MUÑIZ en *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, Edijus, Madrid, 2001, pp. 77 y ss.

Ello se fundamenta en que, pese a la denominación como legatario, se trata de un llamamiento a título universal. Así, al igual que sucede con el heredero, el legatario de parte alícuota es llamado a una cuota de herencia, determinada respecto del todo pero indeterminada respecto de los bienes concretos. Al margen de ello, mayores problemas ha planteado la determinación de si el cónyuge viudo forma parte o no de la comunidad hereditaria. En efecto, su inclusión dentro de los que el artículo 807 del Código civil –aplicable a Galicia *ex art.* 146.2 LDCG.– denomina como “*herederos forzosos*” –“*son herederos forzosos: (..) el viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código*”–, no resulta en absoluto clarificador. Así, cierta jurisprudencia y cierta doctrina han considerado al cónyuge viudo como heredero con apoyo en lo establecido por tal precepto³². Con todo, en la actualidad, la mayoría de la doctrina entiende que el cónyuge viudo carece de la condición de heredero, a pesar de la dicción del artículo 807 del Código civil³³. Lo que se justifica, entre otras razones, porque en dicha norma se utiliza el término “*heredero*” en un sentido genérico y no técnico –aun cuando todas las personas a que se refiere el citado precepto suceden al causante, no todas son herederas en sentido estricto³⁴, y porque la atribución al cónyuge viudo del usufructo de

³² Entre la jurisprudencia, vid., entre otras, las sentencias de 8 de febrero de 1892 (JC. tomo LXXI nº 36), de 13 de junio de 1898 (JC. tomo LXXXIV nº 108), de 28 de marzo de 1924 (JC. tomo CLXI nº 163), de 24 de febrero de 1926 (JC. tomo CLXIX nº 173), de 16 de noviembre de 1929 (JC. tomo CXCI nº 42) y de 26 de marzo de 1940 (RJA. nº 282). En el mismo sentido, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de marzo de 1903 (JC. tomo XCV nº 85), de 30 de abril de 1906 (JC. tomo CIV nº 37) y de 6 de noviembre de 1912 (JC. tomo CXXV nº 55). Y entre la doctrina, vid., por todos, VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, 3ª edición, Cuesta, Valladolid, 1926, pp. 222 y 253.

³³ Vid. VALLET, “Comentarios al artículo 834 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1982, p. 454 y la doctrina que allí se cita.

³⁴ Afirmando que los herederos forzosos no tienen la cualidad de herederos en tanto legitimarios, vid., *ad exemplum*, las sentencias de 20 de junio de 1986 (RJA. nº 4.558) y de 17 de julio de 1996 (RJA. nº 5.800). En sentido parecido, vid., entre otros, FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, cit., pp. 93 y 95.

parte de la herencia no se aviene al concepto de heredero, ya que los términos herencia y usufructo –aunque sea a título universal–, resultan un tanto contradictorios³⁵. Por tanto: *el cónyuge no es heredero en tanto legitimario* –afirmación aplicable al resto de los “herederos forzosos” del artículo 807 del Código civil–. Mas, ¿quiere ello decir que por esa razón no forma parte de la comunidad hereditaria? No, por cuanto que el título de heredero no es lo determinante para la inclusión de una persona en la comunidad hereditaria, sino que su llamamiento sea a una parte alícuota de la herencia y no se realice en bienes determinados³⁶. Por tal motivo, resulta posible concluir que, al margen de que el cónyuge no tenga la cualidad de heredero en tanto legitimario, forma parte de la comunidad hereditaria por ser su llamamiento

³⁵ En efecto, el artículo 838 del Código civil evidencia esto que se indica cuando contrapone “heredero” a “cónyuge”: “los herederos podrán satisfacer al cónyuge...”. En tal sentido, vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 308 y ss. y LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2001, p. 17. Entre el heredero y el usufructuario median importantes diferencias, muy bien sintetizadas por las sentencias de 24 de enero de 1963 (RJA. nº 518) y de 20 de octubre de 1987 (RJA. nº 7.303). En ellas se apunta que tales diferencias se refieren, entre otras, a su naturaleza jurídica (cfr. arts. 467, 659 a 661 y 668 Cc.), al título del que dimanar, a su duración (cfr. arts. 480 y 513 Cc.), a las consecuencias de su renuncia (cfr. arts. 912, 922 y 981 Cc.) y a los efectos en relación con las deudas y cargas de la herencia (cfr. arts. 508, 1.003 y 1.084 Cc.). Por ello, y como consecuencia lógica de no ser el cónyuge –en tanto legitimario– heredero en sentido estricto, no puede ser demandado por las deudas hereditarias, de las que no responderá (cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1904 –JC. tomo XCIX nº 39–, 25 de enero de 1911 –JC. tomo CXX nº 38–, 9 de junio de 1949 –RJA. nº 730– y 28 de octubre de 1970 –RJA. nº 4.247–).

³⁶ Efectivamente, como defienden ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, 8ª edición, Edisofer, Barcelona, 2004, pp. 119 a 121) y LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., pp. 94 y 95), a pesar de que la comunidad se denomine como comunidad “hereditaria”, el título de heredero no es lo determinante para formar parte de ella. En efecto, no todo heredero formará parte necesariamente de la comunidad –por ejemplo, el heredero *ex re certa* (arg. *ex art.* 768 Cc.)–, ni todo comunero necesariamente ha de ser heredero –por ejemplo, el legatario de parte alícuota–. Lo esencial para formar parte de la comunidad hereditaria es tener un derecho de alícuota sobre el caudal, constituyendo el objeto de la comunidad los bienes y derechos de carácter transmisible dejados por el causante que no hayan sido destinados específicamente por aquél mediante legado o institución en cosa cierta.

indeterminado en relación a los bienes, aun cuando sea determinado respecto de la totalidad (cfr. arts. 834 y ss. Cc. por remisión de los arts. 3 y 146 LDCG.)³⁷.

Por último, en relación con la nota de la temporalidad que caracteriza a la comunidad hereditaria (cfr. arts. 1.051 y 1.052 Cc.), se ha de apuntar que la permanencia indefinida en la indivisión hereditaria no está bien vista ni por el legislador, ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina³⁸. Ello se debe a que la experiencia demuestra que los estados de comunidad que perviven durante un largo período de tiempo suelen ser fuente de litigios, además de que paralizan el tráfico jurídico³⁹. Por estas razones, el legislador ha considerado oportuno

³⁷ Por lo que al cónyuge atañe, lo expuesto en el texto no impide reconocer lo siguiente: a) que, en tanto legitimario, tiene una concreta posición respecto de la masa relicta de acuerdo con la cual le asisten, entre otras facultades, la de promover la partición de la herencia (vid. la STS de 28 de marzo de 1924 –JC. tomo CLXI nº 163– y el art. 1.053 Cc.) y la de ejercitar para la comunidad, no en provecho propio, las acciones que correspondieron al causante (cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1950 –RJA. nº 1.236– y de 25 de junio de 1965 –RJA. nº 3.939–); b) que resulta posible que el cónyuge sea instituido heredero por vía testamentaria o llegue a serlo *abintestato* (cfr. la STS de 9 de junio de 1949 –RJA. nº 730–); c) que la jurisprudencia, en ocasiones, ha sido un tanto ambigua y ha reconocido o no la condición de herederos a los legitimarios –incluido el cónyuge– con el fin de resolver cuestiones relativas a su posición frente a la masa relicta (cfr. MARTÍN PÉREZ, “Comentarios al artículo 834 Cc.” en VVAA., *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, tomo I, Comares, Granada, 2000, pp. 1555 y ss. y las sentencias allí citadas); y d) que el cónyuge viudo puede ser convocado a cualquier litigio a que la herencia dé lugar por el interés directo que tiene, ya que la disminución del caudal hereditario puede repercutir en su derecho de usufructo (cfr. la STS de 28 de octubre de 1970 –RJA. nº 4.247–).

³⁸ En el ámbito legislativo, ya desde las Partidas (Partidas 6, 15, 1), se miró con disfavor la permanencia indefinida en la comunidad hereditaria. En la jurisprudencia, a modo de ejemplo, vid. la sentencia de 9 de mayo de 1917 (JC. tomo CXL nº 48) y la de 9 de octubre de 1986 (RJA. nº 5.505). En la doctrina, vid., por todos, DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, tomo III, Bosch, Barcelona, 1958, p. 611.

³⁹ En principio, parece que el estado de indivisión, desde un punto de vista abstracto, es el “más perfecto y el más a propósito para mantener una hermosa igualdad entre los partícipes, y sacar a los bienes, con menos gastos, mayor utilidad” (MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, 6ª edición revisada por Bonet Ramón, Reus, Madrid, 1943, p. 605. Sobre las ventajas de la indivisión, vid., también, LACAL, “La prohibición de dividir la

establecer que “ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia” (art. 1.051 Cc.), permitiendo que cualquier heredero pueda “pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia” (art. 1.052 Cc.). En sintonía con lo anterior, el legislador también ha establecido limitaciones para los casos en que faculta al testador para prohibir la división de la herencia⁴⁰. En efecto, según se establece en el párrafo segundo del artículo 1.051 del Código civil, en los supuestos en que el testador haya prohibido la división de su herencia, “ésta tendrá siempre lugar” cuando concorra “alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad”, que están recogidas en el artículo 1.700 del mismo Cuerpo legal⁴¹.

herencia en nuestro derecho positivo”, *RCDI.*, nº 80, agosto, 1931, pp. 577-581, en especial la p. 578). Y es que, como advierte LOSANA, en la comunidad, al estar el capital reunido, se permite una explotación de los bienes en mayor escala y se dificulta la disipación del patrimonio al ser necesario el acuerdo unánime de los comuneros para enajenar los bienes de la comunidad. Además –continúa LOSANA– la comunidad indivisa mantiene “en cierto modo la unidad moral de la familia, tendiendo a conservar su espíritu, la costumbre y la tradición” (LOSANA, citado en MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., pp. 603-606). Sin embargo, frente a las indicadas ventajas, la realidad muestra que la comunidad de bienes, con frecuencia, es fuente de desavenencias y disensiones debido a la dificultad que existe en que haya coincidencia de voluntades, en relación, por ejemplo, con la conservación de los bienes o su disfrute. Así, lo habitual suele ser que se encomiende la administración de los bienes a una tercera persona, sea comunero o no. En este caso, esa persona ajena a la comunidad, o ese comunero, estará trabajando en algo que no le pertenece exclusivamente, con lo que su interés en la correcta y adecuada administración será distinto a si los bienes son de su exclusiva propiedad. Además, si el administrador es un comunero, no resulta infrecuente que la rendición de cuentas no se efectúe de forma periódica y regular. A lo anterior ha de añadirse que, al ser necesario el consentimiento unánime para disolver la sociedad o enajenar los bienes que la componen, el valor de la cuota disminuirá debido a las dificultades que origina la obtención de tal unanimidad entre los comuneros (cfr. LOSANA, citado en MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., pp. 603-606).

⁴⁰ Respecto del hecho de que en un mismo artículo –1.051 Cc.– se contengan dos facultades contrapuestas, vid. MUÑOZ DE DIOS, “La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos”, en *VVAA., Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, tomo VI, Ediciones Universidad de Navarra, SA., Pamplona, 1969, p. 616.

⁴¹ Con fundamento en el artículo 1.255 Cc. y en la aplicación analógica de las normas sobre comunidad de bienes –en especial el artículo 400 Cc.–, los herederos pueden pactar la

Así pues, y recapitulando lo expuesto, la comunidad hereditaria constituye un estado de indivisión de carácter marcadamente transitorio y cuya permanencia indefinida no está bien vista por el legislador, debido a que lo que persigue el proceso sucesorio en el que dicha comunidad se integra es la determinación de las cosas concretas que cada destinatario recibe y no, por tanto, la permanencia de la indivisión.

1.4 Formas de extinción de la comunidad hereditaria

Expuesta de forma sintética la configuración de la comunidad hereditaria, para terminar el presente apartado sólo nos resta indicar las formas de extinción de la misma.

De entrada podemos referirnos a un primer grupo de modos de extinguir la comunidad hereditaria que resulta un tanto heterogéneo y que vendría constituido por las tres formas de extinción que a continuación se enuncian: se puede poner fin a la comunidad mediante la desaparición del patrimonio hereditario –por destrucción de los bienes–; por usucapión de un coheredero o de un extraño⁴²; o porque todo el patrimonio hereditario venga a recaer sobre una persona –por ejemplo, por renuncia o muerte de los demás herederos, o porque uno de los llamados hereda de los demás por sustitución–.

En segundo lugar, la comunidad hereditaria también se extingue cuando se transforma en otra figura diferente, por ejemplo, en una comunidad ordinaria

permanencia en la indivisión hereditaria. Lo que resulta de todo punto coherente con el carácter renunciante de la facultad de pedir la división de la herencia (arg. ex art. 4 Cc.). Sobre este extremo, vid., ampliamente, MUÑOZ DE DIOS, “La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones...”, cit., pp. 648 y ss.

⁴² Como señaló la sentencia de 13 de noviembre de 1969 (RJA. nº 5.172), se pueden usucapir bienes singulares de la herencia si se poseen, no de consuno y por todos, sino por uno o varios herederos en nombre propio y como dueños. En sentido parecido se pronuncian las sentencias de 23 de diciembre de 1952 (RJA. nº 2.670), de 4 de abril de 1960 (RJA. nº 1.667) y de 29 de diciembre de 2000 (RJA. nº 9.443).

–la comunidad hereditaria se convierte en un conjunto de titularidades ordinarias reguladas por los artículos 392 y siguientes del Código civil–, o cuando se crea una sociedad que se rige por el régimen de la comunidad germánica con los bienes que componían la herencia –en tal caso nace una persona jurídica–⁴³.

Y, en tercer lugar, se puede poner fin a la comunidad hereditaria a través de la partición de la herencia⁴⁴. Esta última constituye el modo más frecuente por el que, en la práctica, se extingue la comunidad⁴⁵.

⁴³ Respecto de la transformación de la comunidad hereditaria en una comunidad ordinaria, regulada por los artículos 392 y ss. Cc., vid. los supuestos recogidos en las sentencias de 16 de abril de 1930 (RJA. nº 865), 24 de enero de 1963 (RJA. nº 518), 17 de marzo de 1966 (RJA. nº 1.227), y la de 21 abril de 1971 (RJA. nº 1.783).

⁴⁴ Por motivos de claridad expositiva, hemos enumerado en el texto diversas formas de poner fin de la comunidad hereditaria sin realizar clasificación alguna. Sin embargo, es preciso señalar que entre tales supuestos existen diferencias: en los casos enumerados en primer lugar existe “disolución” de la comunidad pero no “partición” o “división”; en los referidos en segundo lugar puede existir “partición” o “división” según el modo cómo se realice tal transformación, como luego se verá; y los apuntados en último lugar son los supuestos que, en sentido estricto, constituyen la “partición”. En efecto, aunque la “partición” y la “división” sean formas de “disolución” de la comunidad, no toda forma de disolución necesariamente constituye partición o división. Lo que caracteriza a éstas es que, en tales casos, la “disolución” de la comunidad se efectúa teniendo en cuenta las cuotas de los partícipes, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los casos referidos en el texto en primer lugar: desaparición del patrimonio hereditario, por usucapión de un coheredero o extraño, o reunión del mismo sobre una persona por renuncia o muerte de los demás. Además, y a efectos de distinguir la “partición” de la “división”, parece que aquélla se refiere a un patrimonio y exige división jurídica pero no necesariamente división material –puede existir división jurídica y comunidad material–, mientras que la segunda parece referirse a la comunidad sobre un bien que suele entrañar división material. De acuerdo con ello, existirá “partición” cuando se transforme la comunidad hereditaria “en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la propiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero” (sentencia de 20 de octubre de 1992 –RJA. nº 8.090–), pero no cuando los herederos transformen la comunidad hereditaria en una sociedad y aporten sus cuotas parte en la herencia, y, todos, en conjunto, el íntegro haber hereditario (cfr. la sentencia de 21 de abril de 1951 –RJA. nº 1.020–). Sobre estas diferencias entre los términos “división”, “partición” y “disolución”, vid. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 145 y 146, GITRAMA, *La administración de la herencia en el Derecho español*, Revista de Derecho

II. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN GENERAL. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

2.1 Preliminar

Visto que la partición de la herencia constituye la manera más frecuente de poner fin a la comunidad hereditaria que ordinariamente surge tras el fallecimiento del causante, en el presente apartado nos detendremos a examinar qué es la partición y cuáles son sus notas características.

Para comenzar con dicho análisis puede ser útil acudir a la definición del término “*partición*” contenida en el diccionario. Éste, atendiendo a la naturaleza de las cosas, señala que la partición es el “*repartimiento que se hace entre algunas personas de hacienda, herencia o cosa semejante*”⁴⁶. Así pues, aplicando a la realidad hereditaria la citada definición, se deduce que la partición no es sino el reparto o la distribución de la herencia entre las personas llamadas a la sucesión. Con estos presupuestos, se puede elaborar ya una primera definición de lo que sea partición de herencia: *acto jurídico por*

Privado, Madrid, 1950, p. 398, CRESPO ALLÚE, *La división de la comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993, p. 143 y ss., y CUTILLAS TORNS, *La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 70-73. En sentido parecido, vid. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., pp. 835 y 836.

⁴⁵ Buena prueba de la importancia de la partición de la herencia como modo de disolución de la comunidad hereditaria es que está regulada de forma cuidadosa en los artículos 157 y siguientes de la LDCG. y en los artículos 1.035 a 1.087 del Código civil, frente a la ausencia legal de preceptos específicos sobre la comunidad a la que pone fin.

⁴⁶ Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª edición, Madrid, 1992, p. 1536. En el texto hemos suprimido la utilización del término “*división*” como sinónimo de “*repartimiento*” que se contiene en el Diccionario de la Lengua Española. La razón reside en que, aun cuando en el lenguaje vulgar ambos términos sean sinónimos, no sucede lo mismo desde un punto de vista jurídico, tal y como se expone en la nota siguiente. Por otra parte, en Partidas 6, 15, 1 se contenía una definición de la partición que parece el antecedente de la recogida en el texto: “*partición es departimiento que fazen los omes entre si, de las cosas que han comunalmente por herencia, o por otra razón*”.

el que se distribuyen los bienes que integran la herencia del causante entre las personas que tienen derecho a ello poniendo comúnmente fin a la comunidad hereditaria. De esta primera definición, cabe entresacar cuatro características capitales de la partición, que, a continuación, desarrollaremos: la partición es un acto jurídico de distribución; el objeto de la partición son los bienes que integran la herencia; la partición se realiza entre las personas que tienen derecho a ello; y, en cuarto lugar, es un acto jurídico que ordinariamente pone fin a la comunidad hereditaria. Tras su examen diferenciado, nos detendremos a analizar también otras dos notas de la partición: su accesoriedad, así como su carácter patrimonial y gratuito. Veamos separadamente cada una de ellas.

2.2 La partición es un acto jurídico de distribución

A través de la declaración o declaraciones de voluntad que integran la partición se distribuyen las relaciones jurídicas anudadas a la persona del causante o causantes, determinándose los destinatarios de las mismas. Por ello, se puede decir que la partición de herencia es, en esencia, un *acto distributivo*. Esta distribución reviste carácter jurídico, sin que resulte preciso que se proceda a una división material de los bienes –como examinaremos más adelante, la división material puede conllevar, en algunos casos, un importante menoscabo del valor y utilidad de los bienes–⁴⁷.

Ello expuesto, y retomando las consideraciones efectuadas anteriormente, hemos de reparar en lo siguiente: antes de llevarse a cabo el acto particional los miembros de la comunidad hereditaria son titulares de una cuota sobre la totalidad; tras la partición –y según resulta del artículo 1.068 del Código civil–, serán titulares de una serie de bienes y derechos concretos⁴⁸. A la vista

⁴⁷ Vid., también, VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 835, y ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 10 nota 17, quien, citando a CICU, afirma que hay división jurídica “cuando una comunión de derechos sobre uno o varios bienes viene sustituido por un derecho exclusivo de cada uno de los partícipes sobre una parte determinada del bien o bienes que eran comunes”.

⁴⁸ En particular, el artículo 1.068 Cc. dispone que “*la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicado*”.

de que tal es lo que sucede en la partición de la herencia, resulta posible deducir que, en ella, se produce una *sustitución* de la cuota que cada uno de los miembros de la comunidad hereditaria tenía en la misma –determinada respecto de la totalidad e indeterminada en cuanto al contenido concreto– por una serie de bienes precisos con que cubrir dicha cuota⁴⁹. El que en la partición se opere una sustitución de la cuota por bienes específicos, o, en otros términos, que en aquélla se efectúe una concreción de los bienes determinados con que “rellenar” la cuota en que cada llamado ha sido instituido, evidencia una importante característica de la partición: el reparto de los bienes objeto de la herencia se habrá de realizar en atención a las cuotas en que han sido instituidos los destinatarios de las mismas⁵⁰. Así pues, y a modo de principio general, cabe afirmar que el criterio rector y delimitador del reparto de los bienes –que constituye una nota esencial del acto particional– viene determinado por las cuotas de institución de los herederos: se le atribuirá a cada uno de ellos bienes suficientes con que cubrir la cuota de herencia a la que han sido llamados⁵¹.

⁴⁹ Como tendremos ocasión de comprobar en el apartado quinto del presente capítulo, no existe unanimidad doctrinal en relación con la naturaleza jurídica de la partición hereditaria. Sin perjuicio del examen detallado de las diversas tesis que sobre este extremo se han elaborado, apuntamos ahora que en el presente trabajo se asume la tesis *especificativa* o *determinativa* de la partición, que es la mantenida en la actualidad por la jurisprudencia y por la mayor parte de la doctrina. De acuerdo con esta teoría, en la partición se realiza una *determinación*: una sustitución en el contenido económico y jurídico de la cuota de los herederos por bienes *determinados*. De otra parte, en el capítulo siguiente veremos también otras opiniones doctrinales que no admiten el carácter distributivo de la partición.

⁵⁰ Lo expuesto en el texto coincide plenamente con el significado que el Diccionario de la Lengua Española contiene del término “distribuir”: “dividir una cosa entre varios, *designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho*” (el subrayado es nuestro). Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, cit. p. 765. Vid. también lo indicado en la nota nº 46.

⁵¹ En el texto hemos apuntado que en la partición se asignan bienes con que rellenar las cuotas en que han sido instituidos los herederos. Siendo ello así, y sin ignorar la abundante literatura que hay en torno a la necesidad de existencia de cuotas –expresas o no–, a nuestro modo de ver, necesariamente ha de haber una vocación a una cuota abstracta que bien puede ser expresa –previa, coetánea o posterior a la asignación de bienes– o implícita –no existe

Las anteriores reflexiones nos permiten distinguir la disposición o institución en una cuota, de la operación de distribución de bienes con que rellenar aquel llamamiento: nos permiten diferenciar –al menos desde una perspectiva teórica, ya que en la práctica, en ocasiones, no resulta tan sencillo, especialmente cuando el acto dispositivo y el distributivo se contienen en un mismo instrumento (arg. ex art. 157 LDCG.)– la dimensión dispositiva de la dimensión partitiva. Esta última, como se colige de lo expuesto, lo que efectúa es una *determinación de la disposición*. Es decir, en cualquier partija, ya sea por testador, por los coherederos o por el contador-partidor, se reparten los bienes del patrimonio del causante de acuerdo con la disposición, esto es, en conformidad con las cuotas de institución⁵².

alusión aritmética expresa pero del contenido del testamento se infiere la vocación a una cuota abstracta–. Asimismo y junto con las posibilidades indicadas, GARCÍA RUBIO (*La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1985, p. 254) admite que un testador efectúe la partición de su herencia a través de una pluralidad de instituciones *ex re certa*, siempre y cuando sean en representación de fracciones del patrimonio que, si no aparecen expresadas, el testador alberga en su mente – posibilidad que nos parece aplicable a la partición conjunta que examinaremos en este trabajo–. En tal supuesto –continúa la citada autora–, la cuota existe y es determinable una vez precisado el valor de las cosas ciertas respecto del valor total del patrimonio. En cambio, si las instituciones *ex re* no actúan como símbolo de una porción de patrimonio, estaremos ante una pluralidad de legados (cfr. art. 768 Cc.). Para diferenciar ambos supuestos, esto es, para averiguar si la institución *ex re certa* conlleva nombramiento de herederos o legatarios habida cuenta de que la calificación que efectúa el artículo 768 Cc. es considerada por la mayoría de la doctrina como mero canon interpretativo que puede contradecir el testador (cfr. por todos, ALBALADEJO, “Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 1978, p. 743), vid. los criterios que recoge GARCÍA RUBIO (*La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., pp. 256-268). De otra parte, en lo que a la partición por testador se refiere, no reconocen la necesidad de fijar cuotas previas, entre otros, DE LA CÁMARA, “El legado de cosa ganancial”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo V-II, abril-junio, 1952, pp. 527 y 530, nota 103, y RODRÍGUEZ ADRADOS, “La partición hecha por el testador”, *RDN*, nº 68, abril-junio, 1970, p. 221. Sobre la consecuencia que, a nuestro juicio, conlleva la fijación expresa de cuotas en la partición conjunta, vid. páginas 498 a 502. Por último, no está de más señalar ahora que, como veremos en el capítulo séptimo, la sujeción a las cuotas es un principio general que admite alguna excepción.

⁵² Recogiendo tales ideas, DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, tomo III, cit., p. 611), en relación con la partición por testador, señala que “partir o dividir es distribuir entre los

Por lo que ahora interesa, según se colige del artículo 117 de la Ley de Derecho Civil de Galicia la referida disposición puede proceder de la voluntad del causante, de la ley, o de los pactos sucesorios⁵³. En el primer caso, la disposición se contendrá en un testamento, cuya función típica negocial es precisamente la dispositiva, según se desprende del artículo 667 del Código civil en el que se denomina como testamento al “*acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*”. En efecto, a la vista del precepto transcrito, parece deducirse que la finalidad del testamento es *disponer* del patrimonio para después de la muerte, respetando en todo caso los límites que establece la ley; es decir, que, al margen de otras posibles funciones que pueda tener el testamento, la función típica negocial de éste viene a ser, de acuerdo con el citado precepto, la de *disponer de los bienes*⁵⁴. En el segundo caso –sucesión legal–, será la ley

llamados a la sucesión, otorgándoles las porciones o cosas debidas, adjudicar en concreto a los sucesores las partes o cosas del caudal relicto que se les dejara. Si el testamento es, pues, un acto de disposición, la partición es un acto de ejecución: aquel es el plan; ésta, la obra realizada y consumada; aquél, lo sustantivo y fundamental; ésta, lo derivado y consecuencial”.

⁵³ En concreto, el artículo 117 LDCG. dispone que “*la delación sucesoria puede tener lugar por testamento, por ley y por los pactos sucesorios regulados en esta ley. Podrá también deferirse en parte por cualquiera de los modos expresados en el párrafo anterior*”. En el ámbito del Código civil, el artículo 658 es el que establece los modos de deferir la herencia, a cuyo tenor: “*la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrán también deferirse en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la Ley*”. Como se aprecia, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 117 LDCG., en el ámbito del Código civil no se contiene referencia expresa a la posibilidad de deferir la herencia por los pactos sucesorios. Vid. sobre esta materia, el artículo 1.271.2 Cc.

⁵⁴ Como es conocido, no existe unanimidad entre los autores sobre la oportunidad de que un Cuerpo legal contenga una definición de lo que sea el testamento, ni, en particular, sobre la corrección de la recogida en el artículo 667 del Código civil. Entre otros, se muestran críticos con la redacción de dicho precepto CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, 9ª edición revisada y puesta al día por Castán Vázquez y Montero-Ríos, Reus, Madrid, 1989, p. 467) y SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, 2ª edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 202-204). Así las cosas, en la

la que efectúe la disposición y quien determine las cuotas a que son llamados quiénes ella instituye como herederos (cfr. arts. 152 y ss. LDCG. y 930 y ss. Cc.). Y en el tercer supuesto –pactos sucesorios–, las cuotas podrán ser fijadas por algunas o todas las personas que intervienen en los pactos sucesorios admitidos por la LDCG. (cfr. arts. 118 y ss.).

De acuerdo con lo hasta ahora señalado, se pueden extraer las cuatro conclusiones que a continuación se exponen. La primera: que la *disposición*, esto es, la fijación de los llamados a la herencia y las porciones en que lo son –ya sea por testamento, por la ley o a través de los pactos sucesorios–, y la *partición* constituyen actividades diferenciadas, de forma tal que la función típica de ambos actos –el dispositivo y el partitivo– son distintas⁵⁵. La segunda: que para poder partir resulta necesario que exista una voluntad dispositiva –de otro modo no podría llevarse a cabo la partición, al igual que no se podrían determinar los bienes que integran una cuota si no se establece

doctrina se admite que haya otras cosas distintas a la que se refiere el artículo 667 Cc. que también son testamento, como por ejemplo, disposición sobre asuntos no patrimoniales para después de la muerte; dicho en otros términos: que existen varias concepciones sobre qué sea testamento (cfr. ALBALADEJO, “Comentarios al artículo 667 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. I-A, Edersa, Madrid, 1990, p. 97). Siendo ello así, JORDANO BAREA (“Teoría general del testamento”, en VVAA., *Estudios de Derecho público y Derecho privado ofrecidos al Prof. I. Serrano y Serrano*, tomo I, Valladolid, 1965, pp. 440-443) considera que en el ordenamiento jurídico español, a tenor de los artículos 667 y concordantes del Código civil y según el criterio jurisprudencial dominante (cfr., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1914 –JC. tomo CXXXI nº 15– y de 8 de julio de 1940 –RJA. nº 689–), confirmado por la DGRN. (cfr. resolución de 16 de noviembre de 1944 –RJA. nº 1.386–), prima el concepto técnico de testamento. De acuerdo con tal concepción –explica el citado autor– el testamento viene a ser un negocio jurídico por el que se dispone del patrimonio para el tiempo posterior a la muerte. Dicha disposición, que, a nuestro juicio, puede efectuarse de forma directa o indirecta, esto es, por remisión a las normas de la sucesión legal, constituye además la esencia del testamento, al margen de que pueda contener también otras disposiciones de contenido no patrimonial. Sobre el contenido atípico del testamento, vid. nota nº 620.

⁵⁵ Aun cuando se trate de actos diferentes –incluso en los supuestos en que ambos se contienen en un mismo documento–, en la práctica no resulta sencillo diferenciarlos en numerosas ocasiones. Vid., a este respecto, lo que apunta VALLET en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 882.

dicha cuota–; lo que permite afirmar que el acto dispositivo y el partitivo están interrelacionados cumpliendo ambos una función dispositivo-determinativa –dispositivo el primero y determinativa el segundo– en la sucesión de una persona⁵⁶. La tercera: que, aún cuando el acto dispositivo y la partición, realizando cada uno su función propia, consigan de forma conjunta el resultado final de determinar los bienes concretos que corresponden a cada heredero en función de las cuotas de institución, no es posible que cada uno de dichos actos pueda conseguir tal resultado de forma individual, ya que sería tanto como otorgarles al acto dispositivo o a la partición unas consecuencias que no le corresponden y que exceden de la función típica negocial de cada uno de ellos –dispositiva y distributiva–. Y la cuarta: que la disposición que se trata de determinar por medio de la partija y a la cual se subordina puede provenir de la voluntad del causante manifestada en testamento, de la propia ley o de los pactos sucesorios (cfr. art. 117 LDCG. – art. 658 por lo que se refiere al ámbito del Código civil respecto únicamente de los dos primeros medios citados–)⁵⁷.

Retomando el hilo de lo expuesto, conviene recordar que, en la partición, la distribución de los bienes de la herencia a cada heredero se efectúa en función y en sustitución de su cuota. Por ello, junto con el efecto de poner fin a la comunidad hereditaria ya mencionado, y sobre el que posteriormente volveremos, es forzoso reconocerle al acto particional un segundo efecto que la doctrina ha caracterizado como típico: la atribución del dominio exclusivo de los bienes asignados⁵⁸. Como dispone el artículo 1.068 del Código civil:

⁵⁶ Como apunta RODRÍGUEZ ADRADOS, en todo caso “el acto particional supone una –previa– voluntad dispositiva o de institución” (“La partición hecha por el testador”, cit., p. 220). Por otro lado, reconociendo la doble actividad dispositivo-atributiva y la supeditación del aspecto distributivo al dispositivo en relación con la partición por testador, vid. DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, *RDN.*, nº 27, enero-marzo, 1960, p. 194.

⁵⁷ De todos modos, como tendremos ocasión de comprobar en el capítulo tercero, cuando de partición conjunta se trata, resulta imprescindible la existencia de un acto dispositivo testamentario.

⁵⁸ Vid. por todos, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 178.

“la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados”⁵⁹. En efecto, tras la partición, cada uno de los herederos será titular de los concretos bienes o derechos del caudal hereditario que le hayan sido atribuidos en sustitución de la cuota de que era titular (cfr. art. 1.068 Cc.).

Ahora bien, por lo que respecta al título, la afirmación anterior, siendo correcta, ha de ser explicitada en el sentido siguiente. La partición no es un modo de adquirir (arg. *ex art. 609 Cc. a sensu contrario*) ni constituye por sí sola título de propiedad, siendo el título de adquisición de los bienes el sucesorio universal *mortis causa*. Lo cual no empece que la partición resulte necesaria a fin de concretar dicho título en bienes determinados. Pues bien, de esta realidad –que la partición no es un modo de adquirir ni constituye por sí sola título de propiedad– se derivan las siguientes consecuencias. Primera: la atribución de la propiedad que comentamos solamente tiene lugar cuando el causante efectivamente fuese el propietario de los bienes que han sido objeto de partición. Como resulta lógico, no siendo la partición un modo de adquirir (arg. *ex art. 609 Cc. a sensu contrario*), si el causante de la herencia no era propietario de los bienes, no transmitirá el dominio al adjudicatario del bien. Ello es así, por cuanto que la partición únicamente pone de manifiesto que se ha producido la división de la herencia y que en cada uno de los herederos se ha operado la sustitución del derecho hereditario de que disponía, de la titularidad compartida que tenía sobre el patrimonio hereditario, por bienes concretos que le han sido adjudicados como titular exclusivo, sin que la partición constituya título suficiente para probar que dichos bienes eran propiedad del causante⁶⁰. La demostración de que los bienes efectivamente

⁵⁹ El adjudicatario de los bienes recibe de modo exclusivo la propiedad de los mismos, y, por tanto, asume su posesión, que según establece el artículo 440 Cc. “*se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia*”.

⁶⁰ Según hemos señalado, no se ignora la discusión doctrinal existente en torno a la naturaleza y a la misma existencia del llamado “derecho hereditario *in abstracto*”. Con todo, en el texto acudimos a dicho concepto, en principio acuñado por SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, 2ª edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, p.

pertenecían al causante habrá de realizarse por otros medios diferentes del acto particional como son, por ejemplo, la inscripción de los mismos en el Registro de la propiedad o la presentación de la escritura de compraventa. Segunda: la partición por sí sola no resulta título suficiente para reivindicar los bienes adjudicados sino se demuestra además el dominio del causante⁶¹. La partición en nada modifica o afecta al título por el que se poseía el bien. Lo único que prueba es que el bien en cuestión formó parte de un acto de distribución y se adjudicó a una persona concreta. Es decir, que dicho bien salió del estado de indivisión adjudicándose a uno de los comuneros como resultado de la realización del acto particional. Sin embargo, si se prueba que el objeto en cuestión pertenecía al causante y formaba parte de la herencia, la partición –junto con el testamento, la declaración de herederos o el pacto sucesorio en el que se incluya al heredero adjudicatario del bien debatido– servirá para probar que a través de tal acto dicho bien fue adjudicado en propiedad exclusiva al heredero en cuestión y no a otro; es decir, que al heredero adjudicatario le corresponde por herencia un determinado bien⁶². Y

2077), como sinónimo del derecho que sobre la herencia tienen los llamados a título universal mientras aquélla permanece indivisa. Y ello, por cuanto que, al margen de la polémica existente sobre la naturaleza del mismo, nos sirve para evidenciar una de las notas esenciales de la partición: la concreción, la determinación de los bienes específicos que corresponden a cada heredero en sustitución de la cuota de que eran titulares.

⁶¹ Cfr. la sentencia de 15 de febrero de 1968 (RJA. nº 1.058). De otra parte, constituye jurisprudencia reiterada la que declara que, ni la partición en el caso de que se lleve a cabo, ni el título universal de herencia son suficientes para acreditar la propiedad, siendo necesario probar que el bien o los bienes adjudicados pertenecían al causante o que formaban parte de la herencia. Entre otras muchas, cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1956 (RJA. nº 1.987), de 2 de febrero de 1959 (RJA. nº 1.060), de 31 de enero de 1963 (RJA. nº 753), de 25 de mayo de 1975 (RJA. nº 1.333), de 3 de febrero de 1982 (RJA. nº 374) y la de 3 de junio de 1989 (RJA. nº 4.289). Y en la doctrina, vid., por todos, ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 173, quien apunta que la partición “por sí sola no tiene eficacia probatoria de la titularidad de los derechos que en ella se adjudican”.

⁶² El documento que certifica la realización de la partición resulta necesario puesto que hasta dicho momento, los herederos, en virtud del testamento, de la ley o del pacto sucesorio, solamente tienen un derecho sobre una cuota del patrimonio hereditario que no está concretado en bienes determinados. En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido en numerosas ocasiones que “el testamento por sí sólo no es título de propiedad para que uno de

tercera consecuencia: de lo anterior se deriva que la partición, por sí sola, no resulta justo título para usucapir (arg. *ex art.* 1.952 Cc.)⁶³.

Así pues, a la vista de lo expuesto podemos terminar el presente epígrafe afirmando que la partición no es ni un modo de adquirir ni constituye por sí sola título de propiedad. Afirmación que ha de tenerse en cuenta a la hora de interpretar el artículo 1.068 del Código civil en el que, a nuestro juicio, se incide en el carácter distributivo de la partición. En tal sentido, la partición legalmente hecha junto con el título sucesorio sí producirá el efecto de atribuir la propiedad *exclusiva* a los herederos de los bienes adjudicados en la distribución.

los herederos reclame para sí, frente a otros coherederos, bienes determinados de la herencia; hay que reconocer que el título está constituido en este caso por el testamento y la partición conjuntamente” (sentencia de 14 de noviembre de 1958 –RJA. nº 3.790–; en sentido similar, vid. las sentencias de 16 de mayo de 1991 –RJA. nº 3.704–, de 5 de noviembre de 1992 –RJA. nº 9.221–, de 15 de febrero de 1999 –RJA. nº 1.240– y de 15 de diciembre de 2003 –RJA. nº 74/2004–). Así las cosas, el documento que certifica la realización de la partición –la adjudicación de los bienes a los herederos con que rellenar sus cuotas– puede ser una escritura pública, un acta de protocolización notarial o una sentencia judicial (cfr. arts. 14 LH. y 80 del Reglamento Hipotecario). Además, para la inscripción de dicha partición en el Registro de la propiedad resulta necesaria la certificación de defunción o una declaración de fallecimiento y el certificado del Registro de Actos de Última Voluntad (cfr. arts. 76 RH. y 15 del Anexo II del Reglamento Notarial).

⁶³ Cuestión distinta es que la partición, en tanto complemento del instrumento donde se contenga la delación, sí pueda servir como justo título para usucapir, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el Código civil en los artículos 1.940 y ss. En efecto, en tal caso, la partición concreta la extensión o cobertura material del título sucesorio al bien o bienes de que se trate, y, junto con él, tiene una función traslativa (cfr. nota nº 231). Sobre esta materia, vid., recientemente, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *La partición hereditaria como justo título de la usucapición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, en especial las pp. 161-216.

2.3 El objeto de la partición viene constituido por los bienes de la herencia del causante

A primera vista, esta segunda característica de la partición que hemos señalado nos permite concluir que el acto particional es un acto jurídico de índole patrimonial. Siendo ello así, y aún cuando el ámbito objetivo se analice detalladamente en otro capítulo del presente trabajo, podemos enunciar ahora dos principios generales relativos al objeto de la partición. El primero de ellos declara que el objeto propio de la partición lo constituyen todas las titularidades activas de la comunidad hereditaria, no siendo objeto de partición en sentido estricto las titularidades pasivas. Estas titularidades pasivas, esto es, las deudas, no se *parten*, aun cuando sean elementos que necesariamente se han de tener en cuenta para delimitar el caudal partible. En efecto, las titularidades pasivas –que han de satisfacerse con cargo al activo de la herencia– disminuyen, por tal motivo, el montante del activo partible; de este modo, aunque las titularidades pasivas no se *partan* sí han de ser tenidas en cuenta⁶⁴. Ello no obsta a que, ocasionalmente, en la partición efectuada por los herederos, por ejemplo, las titularidades pasivas sean objeto de partición *inter partes* entre los mismos coherederos a efectos de adjudicación para pago de deudas⁶⁵.

El segundo principio que conviene apuntar ahora afirma que el objeto de la partición coincide sustancialmente con el de la comunidad hereditaria: la herencia como unidad patrimonial⁶⁶. Pues bien, el hecho de que la titularidad de los comuneros no recaiga sobre un objeto concreto sino sobre un patrimonio relicto que se ha de liquidar –el caudal hereditario– motiva que la

⁶⁴ Cfr. SANCHO, “Partición de herencia”, *Estudios de Derecho Civil*, tomo I, Ediciones Universidad de Navarra SA., Pamplona, 1978, p. 515.

⁶⁵ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 156.

⁶⁶ De todas formas, como examinaremos con detalle más adelante, no se puede identificar en todo caso “herencia” con “caudal partible”: éste se integra en aquélla pero no a la inversa. Así, existen bienes de la herencia que se han de excluir del haber partible (vid. el apartado tercero del capítulo quinto del presente estudio).

extinción de la comunidad, en nuestro caso a través de la partición, adquiera caracteres específicos. Así, por ejemplo, se habrá de proceder a la colación de los bienes en los supuestos en que sea necesario y a realizar otras operaciones, algunas de las cuales serán examinadas en este trabajo⁶⁷.

2.4 La partición se realiza entre los llamados a la herencia a título universal

Esta tercera nota de la partición que hemos resaltado hace relación a los elementos personales de la misma. De ella es posible colegir que, para poder realizar la partición, se requiere, por un lado, que exista un llamamiento a la herencia; y, por otro, que exista una pluralidad de llamados. Por tanto, llamamiento y pluralidad de sujetos con vocación a la herencia.

Por lo que se refiere al llamamiento necesario para poder llevar a cabo la distribución de bienes en que consiste la partición, según hemos expuesto, puede ser efectuado por la ley, por el mismo testador, o por los partícipes en un pacto sucesorio (cfr. art. 117 LDCG.)⁶⁸. Por otra parte, y según quedó indicado páginas atrás, el llamamiento a la herencia puede ser realizado no sólo a título universal –como heredero o legatario de parte alícuota– sino también a título particular –como legatario de cosa determinada o heredero *ex re certa*– (arg. *ex* arts. 660 y 768 Cc.): puede ser a la totalidad de la herencia o a la sucesión en una relación jurídica concreta. Pues bien, en sentido técnico, la partición sólo se realizará entre las personas –físicas o jurídicas– llamadas a título universal en función de unas cuotas sobre el todo. Sólo en relación con los llamados a título universal la partición efectúa su función típica: distribuir los bienes de acuerdo con las cuotas. O dicho en otros términos: la partición,

⁶⁷ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 145. Que la partición se refiera a la herencia, fundamenta, como se indica en el texto, que por tal motivo tenga una serie de características específicas. Ello no obsta a que el acto particional pueda referirse también a otro tipo de patrimonios, constituyendo, también, un modo de extinción de la comunidad existente sobre tales patrimonios. Así sucede, por ejemplo, con la disolución del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales (cfr. la remisión que realiza el artículo 1.410 Cc. a “*lo establecido para la partición y liquidación de la herencia*” en “*todo lo no previsto en este capítulo*” sobre el modo de efectuar las operaciones divisorias).

⁶⁸ Vid. el art. 658 por lo que se refiere al Código civil.

sólo respecto de los llamados a título universal, sustituirá las cuotas por un conjunto de bienes y derechos concretos⁶⁹. En efecto, las personas llamadas a título particular, al suceder al causante desde la apertura de la sucesión en una relación jurídica concreta y determinada, no resultan titulares de una cuota que la partición debe concretar: suceden *ab initio* en una relación jurídica específica⁷⁰. Así pues, las personas entre quienes se realizará la partición no

⁶⁹ De acuerdo con ello, de entrada, es posible señalar que constituye un lugar común en la doctrina la exigencia de la cualidad de herederos a los adjudicatarios de los bienes debido a la inhabilidad de la partición para atribuir esta condición (cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 380). En sentido parecido se pronuncian ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 338), VALLET (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, pp. 131 y 142) y la misma Memoria del Tribunal Supremo de 1904. En ella, respecto de la modalidad de partición efectuada por el testador, se declaraba que “si el testador quiere practicar por sí, en vida, más particiones, tiene que hacerlas sobre la base de un testamento, pues que de otra suerte dejaría él de ser testador y las particiones no merecerían propia y jurídicamente el nombre de tales, significando como significan aquellas operaciones que se realizan para inventariar, valorar y adjudicar los bienes de una herencia a las personas llamadas por el testador o por la ley a heredar a éste...”.

⁷⁰ La necesidad de que los destinatarios de los bienes hayan sido llamados a título universal es una característica que distingue a la partición hereditaria de otros actos que se puedan parecer a ella. Así, y a modo de ejemplo, si un causante distribuye durante su vida todo su patrimonio mediante donaciones *inter vivos* –cualquiera que sea su forma–, no estaremos ante un acto particional –en este caso, en la modalidad de partición por testador (cfr. arts. 157 y ss. LDCG. y 1.056 en el ámbito del Código civil)– por cuanto que ni aún existe la herencia como tal (arg. *ex art.* 657 Cc.) ni los destinatarios han sido llamados a la misma a título universal (arg. *ex art.* 660 Cc.). Aunque los diferentes aspectos de la partición efectuada por el mismo testador, en especial, de la partición conjunta, se estudiarán con mayor profundidad a lo largo de este trabajo, cabe avanzar ahora que la elaboración de dicha partición se realiza en vida del mismo testador o testadores. Lo que en absoluto modifica el hecho de que no exista herencia hasta el fallecimiento –*viventis non datur hereditas*– ni herederos entre los que partir. En efecto, hasta el fallecimiento, la partición efectuada por el testador o testadores no pasa de ser un mero proyecto revocable. En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA reconoce que no puede mirarse “el acto de la partición como una sucesión verdadera por no haber herencia de persona viva” (*Código Civil*, tomo XVIII, 2ª edición revisada y puesta al día por Marín Pérez, Reus, Madrid, 1954, p. 400). Pudiera ocurrir, además, que las donaciones a que nos hemos referido se efectuasen a favor de los que, en el

serán otras sino las que forman parte de la comunidad hereditaria a la que aquélla ordinariamente pone fin: los herederos llamados a título universal, y también los legatarios de parte alícuota y el cónyuge viudo⁷¹.

Lo expuesto no empece para que, en las distintas operaciones que se han de realizar para llevar a cabo la partición, puedan intervenir, al objeto de garantizar sus derechos, ciertas personas que no son ni herederos llamados a título universal, ni legatarios de parte alícuota ni el cónyuge viudo. En efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.083 del Código civil, los acreedores de uno o más coherederos pueden intervenir a su costa en la partición, aun cuando no sean adjudicatarios de la misma, “*para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de derechos*” (art. 1.083 Cc.). De igual manera, los acreedores de la herencia reconocidos como tales pueden intervenir en la partición, y además “*podrán oponerse a que se lleve a efecto*

futuro, tendrán la cualidad de herederos forzosos, o que alcanzasen todo el patrimonio del causante –respetando el límite establecido en el artículo 634 del Código civil– de tal modo que cuando se abriese la sucesión no existiesen bienes, al estar ya distribuidos en vida a través de donaciones. Pues bien, aun cuando en estos supuestos haya unos actos parecidos a la partición, en ningún caso se confunden con ella debido a la ausencia del requisito esencial a que nos referimos: el llamamiento a la herencia a título universal de los beneficiados por las donaciones. VALLET considera que en el supuesto mencionado en el texto “no hay verdadera división de la herencia, sino sólo distribución entre vivos del caudal actual del donante, realizada a través de actos (...) que agotan la herencia, al dejarla previamente distribuida” (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 130).

⁷¹ Los legatarios de parte alícuota, a la vez que son miembros de la comunidad hereditaria equiparados a los herederos a estos efectos, pueden ser distributarios de la partición ya que lo que reciben por herencia es una cuota que en la partición se ha de concretar en bienes determinados. Vid., por todos, VALLET, “Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 142, y más recientemente, NÚÑEZ MUÑOZ, *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, cit., en especial las pp. 120 y ss. En el mismo sentido, vid. la sentencia de 11 de enero de 1950 (RJA. nº 21), y, en el ámbito legal, la ley 337 del FN. de Navarra y el artículo 305 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, de Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña. Por el contrario, como se deduce de los artículos 882 y 883 del Código civil, los legatarios de cosa determinada no se integran en la partición –tampoco forman parte de la comunidad hereditaria a la que la partija pone fin–, ya que el derecho que se les atribuye como legado se transmite directamente del causante al legatario al abrirse la sucesión. Por lo que se refiere al cónyuge viudo, vid. la nota nº 36.

la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos” (art. 1.082 Cc.).

Como hemos señalado, junto con el llamamiento a título universal, la existencia de una pluralidad de llamados constituye otro requisito necesario para que pueda tener lugar la partición de la herencia. Ello resulta obvio por cuanto que de existir un solo llamado, bien lo sea *ab initio* o *a posteriori* debido a diferentes circunstancias –porque los demás hayan renunciado a la herencia (cfr. arts. 988 y ss. Cc.), fueran incapaces de suceder (cfr. arts. 744 y ss. Cc.) o por cualquier otro motivo–, no resulta posible efectuar la partición ya que el divisor será la unidad: el llamado adquirirá toda la herencia sin tener que realizar ningún tipo de reparto de bienes⁷². Lo anterior no impide que, cuando ello sucede, siga siendo necesario realizar, en todo caso, una serie de operaciones complementarias: liquidación de las deudas, administración de la herencia si se aceptó a beneficio de inventario (cfr. art. 1.026 Cc.), pago del impuesto sucesorio o entrega de los legados (cfr. arts. 883 y ss. Cc.), por ejemplo.

2.5 La partición ordinariamente pone fin a la comunidad hereditaria

Como hemos tenido ocasión de resaltar en diversas ocasiones, el acto particional constituye el medio más frecuente para poner fin a la comunidad hereditaria; motivo por el cual coincide con ella, al menos, en cuanto al objeto y a los elementos personales. Siendo ello así, y en contra de lo que pudiera parecer, la característica a que nos referimos –poner fin a la comunidad hereditaria– no constituye una nota *esencial* de la partición. Según se ha dicho, en la partición lo verdaderamente importante es que se distribuya el caudal hereditario entre los herederos, siendo, por tanto, el efecto de poner fin a la comunidad un efecto *natural* de la partición pero no necesario⁷³. Aserto

⁷² Vid., en este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 1987 (RJA. nº 694). Además, y de acuerdo con lo declarado por la sentencia de 29 de noviembre de 1995 (RJA. nº 8.899), la partición tampoco tiene sentido cuando existe un solo bien y dos herederos cuyas cuotas están perfectamente determinadas.

⁷³ Así resume DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, tomo III, cit., p. 611) lo expuesto en el texto: “La partición, si generalmente resuelve la indivisión, siempre adjudica y transfiere a

que viene corroborado por el hecho de que la comunidad hereditaria no llega a nacer cuando la partición la realiza el mismo testador, ya sea de modo individual o conjunto. La partición, en tal caso, no pone fin a una previa comunidad hereditaria sino que la impide.

Que la comunidad hereditaria no llegue a surgir cuando la partición es realizada por el testador o por los cónyuges testadores se debe a que éstos, a la vez que instituyen en cuotas a las personas que llaman a título universal, les concretan los bienes con que rellenar tales cuotas. De esta forma, nos hallamos ante una cuota determinada con relación al todo y determinada también en cuanto a los bienes y derechos que la integran, cuya efectividad tendrá lugar a la muerte del causante y consiguiente apertura de la sucesión (art. 657 Cc.). Si ello es así desde la apertura de la sucesión, carece de sentido proclamar la existencia de la comunidad hereditaria⁷⁴.

De todas formas, aun cuando la característica de poner fin a la comunidad hereditaria no sea *esencial* a la partición de herencia, tiene lugar en todas las modalidades de partición, a salvo la realizada por el mismo testador de modo individual o conjunto.

cada interesado en la herencia su porción, y como a esto va y a esto tiende esencialmente, y por ello termina, se concibe que haya partición aun sin el precedente efectivo de la proindivisión. Queda siempre lo que es de esencia, lo que es finalidad necesaria de la partición, a saber: la adjudicación o atribución concreta de la porción hereditaria a su título al llamado a la misma”.

⁷⁴ Vid. por todos, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 191 y 192. Respecto de la partición por testador, y reconociendo que poner fin a la comunidad hereditaria es un efecto *natural* de la partición, PUIG PEÑA escribe que “el término de *partición*, sin embargo, se sigue usando en estos casos en el lenguaje vulgar y aún en el jurídico-económico aunque no en el jurídico-técnico. En el fondo más que una partición disociativa se trata de una partición meramente distributiva; con ella se “reparte” *ex ante* un patrimonio precisamente para evitar que llegue a existir la indivisión hereditaria” (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pp. 173 y 174).

2.6 Sobre el carácter accesorio de la partición

Según es conocido, para realizar la distinción entre negocio jurídico principal y accesorio habitualmente se atiende a la autonomía o dependencia de las figuras de que se trate y a las relaciones que existen entre ellas. Así, un negocio principal será aquél que es autónomo y puede existir por sí solo, mientras que un negocio accesorio es el que depende de otro –el principal– en su existencia y eficacia⁷⁵. Pues bien, en lo que a la partición se refiere, como hemos tenido ocasión de comprobar, su función consiste en distribuir el caudal hereditario del causante conforme a las cuotas de institución. Esta disposición, que la partición se encargará de concretar y ejecutar, puede estar contenida, como sabemos, en un testamento, puede venir determinada por la ley o por un contrato sucesorio (cfr. art. 117 LDCG. y art. 658 en el marco del Código civil, donde, como es conocido, no se admite la tercera posibilidad apuntada).

Tales consideraciones permiten deducir que la partición viene a ser una figura accesorio dependiente de otra principal: el acto dispositivo⁷⁶. En efecto, la función de la partición consiste en especificar lo establecido por el acto dispositivo, de tal manera que si no existiese éste no tendría sentido la existencia de aquélla, pues su función se vería imposibilitada. Así, se colige que la existencia de la partición –figura accesorio– está indisolublemente unida a la del acto dispositivo del que trae causa –figura principal– desde una perspectiva funcional. Entonces, la relación entre dicho acto dispositivo y la partición es de principal-accesorio, lo que explica la supeditación de la partición al acto dispositivo reseñada páginas atrás: la partición depende de un acto jurídico principal, en función del cual se justifica.

Esta característica de la accesoriedad de la partición que comentamos tiene otra fundamental consecuencia: lo que afecte al negocio principal afectará –ya

⁷⁵ Vid. por todos, LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. III, cit., p. 234.

⁷⁶ Algunas características y efectos de la accesoriedad se contienen, respecto de la fianza, en los artículos 1.824.1, 1.826, 1.839.2 y 1.847.1 del Código civil.

veremos de que modo— al negocio accesorio, pero no a la inversa. Así por ejemplo, si se declara la nulidad del acto dispositivo del que la partición trae causa, ésta, aunque sea técnicamente correcta, no producirá efectos al carecer de base: no existe una disposición que la partición haya de determinar. De igual forma, si se revoca o modifica la figura principal —el acto dispositivo—, la figura accesoria —la partición— se verá afectada: será necesario modificar ésta para adecuarla a la nueva voluntad dispositiva.

Mas el hecho de que la partición sea una figura de carácter accesorio no impide que tenga también su propia configuración: la partición es un acto jurídico diferente del acto dispositivo, regido por unas reglas propias. Ello, aun cuando, como sabemos, el acto particional pueda estar contenido en el mismo instrumento en que se contiene el acto dispositivo del que trae causa. Así, es posible: que se declare la nulidad de la partición y no la del acto dispositivo, o que se modifique de forma autónoma la partición sin que se haya revocado el acto dispositivo del que aquélla trae causa. Lo expuesto permite concluir que el acto accesorio depende del principal en su existencia y eficacia sin que el principal se subordine al accesorio.

Explicada la accesoriidad del acto particional, es preciso resaltar que el citado principio únicamente tiene carácter informador, de tal modo que puede ser excepcionado en los casos en que la ley lo señale. En tal sentido, cabe apuntar que la accesoriidad del acto particional ha de coonestarse con un principio que juega en materia de partición y que limita el alcance de aquélla. Me refiero al principio del *favor partitionis*⁷⁷. De acuerdo con este principio,

⁷⁷ En la regulación de la partición por testador contenida en la Ley de Derecho Civil de Galicia, existen dos preceptos (arts. 157.3 y 158.1) en los que el legislador sobrepone el principio del *favor partitionis* al de la accesoriidad de la partición. El primero de ellos establece que “cuando la hiciesen —la partición conjunta— en documento no testamentario y existiese alguna contradicción con el testamento abierto, prevalecerá la partija realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento”. Y el artículo 158 de la misma Ley dispone: “1. La partija hecha por el testador o por los cónyuges testadores será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los participes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación atribuida en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el

derivado de las normas del Código civil (arts. 1.056 y ss., en especial 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 Cc.), habrá de estarse por la validez de la partición en la medida de lo posible⁷⁸.

Así las cosas, y en atención al carácter informador del principio de accesoriedad, es el legislador quien determina el alcance del mismo, permitiendo su juego normal o subordinándolo, en ocasiones, al referido principio de *favor partitionis*. De este modo, puede suceder, por ejemplo, que no se decrete la nulidad o ineficacia total de la partición sino que, en atención a lo establecido por este principio, solamente se declare la nulidad parcial o la ineficacia parcial de la misma, manteniéndose la validez y eficacia del resto. Como cabe deducir, este principio del *favor partitionis* viene a ser el correlato en sede particional del principio del *favor testamenti*, conforme al cual ha de estarse por la validez del testamento siempre que sea posible. En aplicación de los referidos principios, puede suceder que lo que afecte al negocio principal –el acto dispositivo– no afecte de manera total al negocio accesorio –la partición–. A modo de ejemplo, si en una partición por testador efectuada de modo conjunto se declara la nulidad total de uno de los dos testamentos de que aquélla trae causa, podría plantearse la conversión de las cláusulas de dicha partición no afectadas por la nulidad en una partición individual sin que la citada nulidad arrastre la de toda la partición conjunta⁷⁹. Como se colige, el principio del *favor partitionis* limita en cierta medida el juego del principio de la accesoriedad en atención a la validez de la partición, siempre que ello sea posible.

suplemento de legítima. 2. En la partija conjunta por ambos cónyuges, el haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario, podrá ser satisfecho con bienes de un solo causante”. De acuerdo con el texto de los citados preceptos no ha de existir una correlación exacta, una supeditación total de lo determinativo –partición– a lo dispositivo –testamento–. Sobre el sentido y la interpretación de estos preceptos vid. el apartado quinto del capítulo séptimo del presente trabajo.

⁷⁸ Sobre el juego de este principio, vid. VALLET, “El principio del *favor partitionis*”, *ADC.*, tomo XLIII-I, enero-marzo, 1990, pp. 5-24 y el apartado segundo del capítulo séptimo de este trabajo.

⁷⁹ Sobre esta posibilidad, vid., más ampliamente, la nota nº 392.

2.7 La partición es un acto jurídico patrimonial de carácter gratuito

Tomando apoyo en las notas hasta ahora examinadas –la partición es un acto jurídico de distribución de carácter accesorio; su objeto lo constituyen los bienes de la herencia; se lleva a cabo entre las personas llamadas a título universal; y ordinariamente pone fin a la comunidad hereditaria– podemos indicar que la partición es, en palabras de SANCHO, un acto jurídico que “impide o pone fin a la *comunidad hereditaria* mediante la *distribución* entre los *coherederos* de las *titularidades activas* contenidas en la herencia”⁸⁰. Dicha distribución se realiza, como hemos tenido oportunidad de indicar, a través de la sustitución de la cuota hereditaria por una serie de bienes determinados, que no es sino la finalidad de la sucesión⁸¹. Aserto que evidencia que la partición es un acto que tiene una capital importancia desde un punto de vista patrimonial.

En efecto, una vez llevada a cabo la partición, el caudal hereditario –con un determinado valor económico– pasará a los herederos designados por el causante –si ha otorgado testamento–, a los que la ley llama como herederos en defecto de testamento (cfr. arts. 152 y ss. LDCG. y arts. 657, 764 y 912 Cc.) o a los designados en el pacto sucesorio (cfr. art. 117 LDCG.). Por ello, económicamente, los herederos son los que tienen el mayor interés en la pronta y adecuada realización de la partición, pues de ella –en los supuestos en que la cuantía de los bienes integrantes de la herencia sea superior a las

⁸⁰ “Partición de herencia”, cit., p. 485 (el subrayado es nuestro). De todos modos, es preciso resaltar que SANCHO califica la partición como negocio jurídico. Siendo ello así, a la vista de que no todas las modalidades de partición pueden calificarse como negocio jurídico –sí, por ejemplo, la partición por testador individual o conjunta (a este respecto, vid. el capítulo segundo)–, en este capítulo en el que analizamos las características de la partición en general, hemos optado por calificar a la partición como acto jurídico –en sentido amplio–. Sobre la distinción entre acto jurídico y negocio jurídico vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp 25 y ss. y también LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. III, cit., pp. 119 y ss.

⁸¹ Cfr. nota nº 14.

deudas, el activo sea mayor que el pasivo– se derivarán beneficios para sus patrimonios respectivos. La partición resulta, por tanto, un momento imprescindible en el proceso sucesorio ya que a través de ella se concretarán los bienes que corresponden a cada heredero; motivo por el cual constituye una operación relevante desde el punto de vista patrimonial.

Siendo ello así, no se ha de olvidar que los destinatarios a los que se anudarán las relaciones jurídicas del causante una vez fallecido, se benefician con dicho cambio de titularidad sin realizar contraprestación alguna: verán su patrimonio enriquecido por la atribución realizada por otra persona. Lo cual permite añadir una característica más a las ya citadas: la partición es un acto jurídico patrimonial *de carácter gratuito*⁸². Así, a diferencia de lo que sucede en otros actos jurídicos patrimoniales, los beneficiarios de la partición no han de realizar contraprestación alguna; a todo lo más a que pueden verse obligados es a pagar deudas hasta el límite de la cuota que les corresponde en la herencia o cumplir con una carga modal establecida por el testador. Ello no empece para que, en todo caso, sea posible la aceptación o la repudiación de la herencia, en cuanto actos absolutamente libres del beneficiado en ella (cfr. art. 988 Cc.).

III. LAS OPERACIONES PARTICIONALES

3.1 Ideas previas

Una vez vistas las características esenciales de la partición, en el presente apartado nos detendremos a examinar las denominadas *operaciones particionales*; esto es, las distintas etapas que se han de seguir para llevar a cabo la partición de la herencia. Pues bien, al proceder a dicho análisis nos topamos con un hecho que, de entrada, se nos presenta como un inconveniente: la ausencia de normas en la Ley de Derecho Civil de Galicia – lo mismo sucede en el Código civil– que regulen de forma sistemática tales operaciones; en ninguno de los dos citados cuerpos legales existe una

⁸² El carácter gratuito de la partición en sí no impide que quepa retribuir al que la realiza; por ejemplo, un tercero nombrado por los herederos.

regulación sistemática en donde se establezca cuáles son las operaciones particionales y de qué modo se han de realizar⁸³. Sin embargo, el citado inconveniente no resulta tal si se repara en dos hechos: de un lado, que tanto el uso como la práctica convencional han elaborado un *modus operandi* bastante ajustado a la naturaleza de la partición y que es al que ordinariamente se acude para realizarla; y de otro lado, que en la Ley de Enjuiciamiento civil se contienen algunas reglas generales que sirven de patrón para efectuar la partición (cfr. arts. 782 y ss. LEC.)⁸⁴. Siendo ello así, se comprende que ni en la LDCG. ni en el Código civil se regule de forma detallada el modo de llevar a cabo la partición⁸⁵. En efecto, junto con el hecho de que el uso ha determinado los pasos a seguir para realizar la partición, la regulación pormenorizada de las operaciones particionales por la LDCG. o por el Código civil podría suponer una merma a la libertad del testador o de los herederos. Si para efectuar la partición hubiese de seguirse escrupulosamente una minuciosa regulación, la libertad de que gozan tanto el testador o testadores como los herederos para llevar a cabo la partición de la manera que estimen conveniente (arg. ex arts. 157 y 164 y ss. LDCG., 1.056 y 1.058 Cc. y 786

⁸³ Lo expuesto en el texto no obsta para reconocer que en el Código civil existen algunas normas concernientes al modo de hacer la partición (cfr. arts. 1.061, 1.062 y 1.063 Cc.); no así en la LDCG. Así las cosas, y habida cuenta de que toda la regulación que en el Código civil se contiene sobre las operaciones particionales viene constituida por los citados preceptos, resulta un tanto llamativo que el artículo 1.410 del mismo Cuerpo legal establezca en sede de liquidación de la sociedad de gananciales que “*en todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia*”; a no ser que la remisión contenida en dicho precepto se entienda referida al *modus operandi* consagrado por el uso.

⁸⁴ En la anterior LEC. se regulaba esta materia en los artículos 1.036 y ss.

⁸⁵ Como apunta ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 350), no merece censura que el legislador no regule de forma expresa la estructura general y la organización interna de la partición, puesto que –continúa el citado autor– el legislador dicta normas jurídicas generales, no siendo cometido suyo la elaboración de formularios. En un sentido similar se pronuncia MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XVIII, cit., pp. 301 y 302.

LEC.) podría verse limitada⁸⁶. Por ello, y teniendo en cuenta que lo fundamental de la partición es que se produzca la distribución del caudal hereditario entre los herederos, no parece que exista inconveniente alguno en dejar libertad para escoger los medios, siempre y cuando éstos no vulneren la naturaleza de las cosas y tengan suficientes garantías para los intervinientes o los terceros⁸⁷.

Que ello sea así, no constituye obstáculo para afirmar que la propia naturaleza de las cosas remite, a la hora de partir, a una serie de operaciones típicas. De este modo, aún cuando el testador o los herederos puedan prescindir de alguna operación –no siempre ni en todo caso han de efectuar todas y cada una de las operaciones particionales– sí parece conveniente que, debido a la complejidad de la partición, respeten en esencia el uso consagrado por la práctica⁸⁸. Por tal motivo, a continuación examinaremos separadamente cada una de las operaciones que integran lo que constituiría una partición de herencia típica y que se incluyen en el llamado “cuaderno particional”, ya que ello facilita identificar y determinar las posibles excepciones que puedan darse cuando es el testador o testadores los que llevan a cabo la partición.

⁸⁶ De hecho, las pocas normas relativas a las operaciones particionales que se contienen en el Código civil –*ad ex.* arts. 1.061 y 1.062 Cc.– no son de imperativa observancia ni para el testador ni para los coherederos a la hora de efectuar la partición (vid. nota nº 143).

⁸⁷ Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 164 y 165 y SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 573. Entre las garantías que han de salvaguardar los medios escogidos para realizar la partición, parece que se han de incluir el respeto al interés público y los derechos de los terceros.

⁸⁸ Que exista libertad en cuanto a la elección del método más conveniente para realizar la partición no significa, como han señalado LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 157), que la partición pueda ser realizada de cualquier modo o por cualquiera. Así, y respecto de las operaciones particionales, ALBALADEJO, dejando de lado la especial partición que es la hecha por el causante, estima que, aún existiendo libertad para realizar todas y cada una de las operaciones, la inexistencia de alguna de ellas puede hacer surgir la duda de si efectivamente se ha realizado la partición o no (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 164).

3.2 El cuaderno particional

El conjunto de las operaciones que se efectúan para partir la herencia ordinariamente se recogen en un documento denominado *cuaderno particional*⁸⁹. En dicho cuaderno, cuya forma de elaboración también se ha consolidado por el uso, se suelen distinguir tres partes: la parte *preliminar*, el *cuerpo de la partición* y la parte *final*.

La primera parte, conocida como parte *preliminar*, viene conformada por un *encabezamiento* y unos *supuestos*. En el *encabezamiento* comúnmente se contienen, entre otros datos, los que atañen a las personas que realizan la partición, la fecha y el lugar de realización, y el estado civil de los que intervienen⁹⁰. Y en los *supuestos* se incluye una síntesis de los antecedentes que tengan interés en la partición; esto es, un resumen de los hechos con significación jurídica que sean relevantes en la concreta partición. Así, es corriente incluir entre los antecedentes: el título sucesorio que legitima la partición con un resumen de su contenido, la fecha y el lugar del fallecimiento del causante o causantes, y los criterios seguidos para la valoración de los bienes, por ejemplo⁹¹.

A continuación de la parte preliminar se recoge el *cuerpo de la partición*. Éste viene conformado por las operaciones particionales típicas consolidadas por el uso: el inventario, el avalúo, la liquidación, la formación de lotes y la adjudicación de los mismos, cuyo examen realizaremos seguidamente.

⁸⁹ El cuaderno particional resulta suficiente título legitimador para el juicio de desahucio, como declaró el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de octubre de 1956 (RJA. nº 3.197).

⁹⁰ Cfr. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 408.

⁹¹ Cfr. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 2ª edición, Madrid, 1999, p. 442. Asimismo, como indica ALBALADEJO, también se suelen contener en el cuaderno particional referencias a la legislación aplicable (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 165). Algunos de estos datos que se citan como antecedentes no se suelen incluir en la partición conjunta efectuada por los cónyuges (cfr. páginas 102 y 103).

Y por último, el cuaderno particional termina con la parte *final*. En ella se realizan una serie de comprobaciones numéricas entre lo que se le ha atribuido a cada heredero y la cuota a la que ha sido llamado, y se contienen también algunas advertencias y lo que se conoce como estipulaciones finales; esto es, “convenios entre los partícipes o salvedades, tomadas de la propia ley, para dejar sentada la regla aplicable a posibles eventos futuros que pudieran alterar el resultado de los cálculos y previsiones tenidos en cuenta al partir”⁹².

Ello expuesto, veamos ya cada una de las operaciones particionales que conforman el *cuerpo de la partición* que, como hemos indicado, son: el inventario, el avalúo, la liquidación y la formación de lotes y su adjudicación.

3.3 El inventario

La operación con la que se comienza el procedimiento para partir la herencia es el inventario. En él se trata de efectuar una relación exhaustiva del caudal hereditario con la finalidad de proceder a su partición. Más en concreto: se trata de enumerar de modo completo tanto el activo que constituye la herencia –cosas, bienes, derechos, créditos, valores y acciones–, como las obligaciones pendientes que hayan de satisfacerse con el activo inventariado.

Esta relación exacta de los bienes y deudas del causante en que consiste el inventario tiene gran importancia, pues se erige en base fundamental sobre la que descansarán el resto de las operaciones particionales. Tanto es así que,

⁹² SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 575. DE LA CÁMARA, por su parte, estima que las declaraciones finales son casi siempre innecesarias (*Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 442). Y, respecto de las *estipulaciones*, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 172) advierte que conviene distinguir los casos en que, en una partición efectuada por los coherederos, dichas estipulaciones se conciben como simples extremos de la partición, de aquellos otros en que más bien parecen actos no particionales concluidos juntamente con la partición. La distinción entre ambos casos tiene interés a efectos de determinar si únicamente se han de aplicar las normas relativas a la partición, o si también resultan aplicables las normas del acto o negocio no particional acordado o concluido a la vez que se llevó a cabo la partición.

como ha precisado la jurisprudencia, sin el inventario “no hay términos hábiles para liquidar y dividir”⁹³: sin la existencia de un inventario del caudal hereditario no se conocerá la materia sobre la que se ha de partir y sobre la que se han de realizar las distintas operaciones particionales. De igual modo, la importancia del inventario también se manifiesta en que la declaración de nulidad del mismo lleva aparejada la del resto de las operaciones que, sobre tal base, se hayan efectuado⁹⁴. Asimismo, el aserto anterior permite colegir también que si únicamente tras la realización del inventario se pueden efectuar el resto de las operaciones particionales, la realización de éstas –el avalúo de los bienes o la formación de los lotes, por ejemplo– en principio, presupondrá la existencia de aquél⁹⁵.

Como se ha indicado, el objetivo del inventario consiste en conocer con la mayor exactitud posible el caudal hereditario. En efecto, como establece el artículo 1.013 del Código civil en relación con el beneficio de inventario, pero

⁹³ Cfr. la sentencia de 29 de noviembre de 1889. La citada sentencia se ha tomado de VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 867) porque no ha sido encontrada en el tomo correspondiente de la colección de Jurisprudencia Civil.

⁹⁴ Cfr. sentencias de 26 de noviembre de 1955 (RJA. nº 3.588) y de 15 de octubre de 1973 (RJA. nº 3.557). En ambos supuestos se declaró nulo el inventario por faltar la citación que el artículo 1.057.3 Cc. exige para su formación en los casos en que exista algún heredero “*sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*”. De todos modos, existe otra línea jurisprudencial diferente – que parece la mayoritaria– que considera que la falta de citación *ex* artículo 1.057.3 Cc. no es determinante de nulidad absoluta sino de nulidad relativa o anulabilidad. Vid. al respecto las sentencias de 23 de diciembre de 1976 (RJA. nº 5.578), de 17 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.475) y la de 8 de marzo de 1999 (RJA. nº 1.855). Y reconociendo que la partición sin la indicada citación es nula, sin especificar si de nulidad absoluta o relativa se trata, vid. la sentencia de 16 de mayo de 1984 (RJA. nº 2.415). En la doctrina, considerando excesiva la nulidad absoluta por ausencia de la referida citación, vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, “Comentario a la sentencia de 17 de diciembre de 1988”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 19, enero-marzo, 1989, p. 63.

⁹⁵ Cfr., a este respecto, la sentencia de 16 de mayo de 1984 (RJA. nº 2.415). Sobre la posibilidad de que el avalúo se realice de forma simultánea con la elaboración del inventario, vid. *infra* página 77.

perfectamente aplicable a la operación particional que comentamos, el inventario ha de ser “*fiel y exacto*” y ha de incluir “*todos los bienes de la herencia*”. Por ello, es corriente incluir también, como unos bienes más de la herencia, los frutos y rentas que hayan producido los objetos de la comunidad durante el tiempo de permanencia de aquélla (*fructus augent haereditatem*), a fin de que su “liquidación y reparto sea con los bienes hereditarios o como operación complementaria”, aun cuando se inventarían separadamente o en un apéndice (arg. ex art. 1.063 Cc.)⁹⁶. Su inclusión en el inventario como unos bienes más de la herencia, se fundamenta en que, a pesar de la dicción del artículo 1.063 Cc. –“*los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia y negligencia*”–, la relación que afecta a las rentas, los frutos, las impensas útiles y necesarias y los daños, no está constituida directamente por los coherederos entre sí, sino entre los coherederos que hayan poseído los bienes de la herencia y hayan percibido frutos con la comunidad hereditaria –y a través de ésta con el resto de los coherederos–⁹⁷. De este modo, los frutos, las rentas y el importe de los daños constituirán un crédito de la comunidad contra el heredero o herederos que los hayan recibido u ocasionado, mientras que las impensas constituirán un crédito del heredero o herederos que las hayan efectuado contra la comunidad⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 849.

⁹⁷ Vid., en tal sentido, y entre otras, la sentencia de 25 de julio de 2003 (RJA. nº 6.938). Por otro lado, el artículo 1.063 Cc. no resulta de aplicación en la modalidad de partición por testador, ya que en ella la comunidad hereditaria no llega a surgir.

⁹⁸ Lo expuesto en el texto no empece reconocer que, en la práctica, no se suele proceder de este modo: los mismos herederos distribuyen los frutos, rentas y el importe de los daños e impensas de forma “extraoficial”, compensando a quien no recibió frutos o tomó de menos y quitándole al que recibió de más u ocasionó los daños (cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 167). En este ámbito, conviene recordar dos cosas. Primero: que cuando los frutos y rentas no los reciba directamente la masa hereditaria sino uno o más coherederos, para que sea obligatoria su aportación es preciso que se reciban como pertenecientes a la herencia. Y segunda: tampoco se computarán los frutos que se hayan podido percibir pero que no se hayan percibido; esto es, los “*percipiendi*” (cfr. las sentencias del Tribunal

Además y dado que en la práctica constituye una pretensión frecuente que el inventario sea omnicomprendivo del patrimonio del causante, junto con la relación de bienes y derechos que serán objeto de partición en sentido estricto también se suelen englobar otros tipos de bienes que no se incluirán en la partición⁹⁹. Así, por ejemplo, suelen figurar: los bienes objeto de legado de cosa determinada o institución *ex re certa* a fin de tenerlos en cuenta en la liquidación, y, eventualmente, en otras operaciones –tales bienes, que no forman parte de la comunidad hereditaria y pasan directamente a los legatarios al abrirse la sucesión (arg. *ex art.* 883 Cc.) se incluyen en el inventario indicando a quien corresponden¹⁰⁰; los bienes que ya hayan sido adjudicados por el causante –se incluyen a efectos de su valoración para el cómputo de la legítima¹⁰¹; las obligaciones de aquél, u otro tipo de bienes¹⁰².

Con todo, aún cuando el inventario pretenda ser omnicomprendivo del caudal hereditario carece de valor absoluto e invariable, siendo posible que, con posterioridad a la elaboración del mismo, aparezcan nuevos bienes del

Supremo de 7 de enero de 1966 –RJA. nº 2–, 30 de septiembre de 1994 –RJA. nº 7.144– y 7 de julio de 1995 –RJA. nº 5.565–).

⁹⁹ Como ha escrito GITRAMA (*La administración de herencia en el Derecho español*, cit., p. 178) el inventario ha de ser “fiel espejo de la totalidad del patrimonio del *de cuius*”.

¹⁰⁰ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 158.

¹⁰¹ Vid. la sentencia de 11 de diciembre de 1913 (JC. tomo CXXVIII nº 159).

¹⁰² Si el difunto estaba casado se suele recoger en el inventario de la herencia la cuota ideal que tenía en la sociedad matrimonial o los bienes concretos que por tal concepto le correspondieron una vez hecha la liquidación del régimen económico-matrimonial. En la práctica, el inventario referido a la partición de la herencia del causante suele ir precedido de otro inventario general de todos los bienes de los cónyuges –se incluyen los privativos de cada uno y los comunes a ambos– (cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 166). Asimismo, como han precisado, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 1933) y GITRAMA (*La administración de herencia en el Derecho español*, cit., p. 180), también se han de incluir en el inventario los créditos que sean irrealizables o incobrables.

causante. De igual manera, también resulta posible que “desaparezcan” algunos de los bienes comprendidos en él, por ejemplo, por ser reivindicados por sus verdaderos propietarios. Lo anterior es debido a que el inventario en nada prejuzga que los bienes que en él figuran sean de propiedad del causante –esta cuestión no se suele resolver antes de la inclusión de cada bien– y a que la falta de consignación de un objeto no comporta ni su renuncia ni su inexistencia¹⁰³. Así, la forma habitual de proceder consiste en incluir todos los bienes que estén en poder del causante al momento de su fallecimiento, siempre y cuando no conste de forma conocida que pertenecen a otra persona¹⁰⁴. Esta forma de actuar no impide, como se ha dicho, que en el inventario se contengan bienes que no sean propiedad del causante, respecto de los cuales el verdadero propietario podrá ejercitar acción reivindicatoria¹⁰⁵. Por tales motivos, no suele ser infrecuente que se incluya en el inventario una declaración genérica en la que, en primer término, se indique que se comprenden todos los bienes de que se tiene noticia en el momento del fallecimiento del causante y que se consideran de su pertenencia, expresándose, en segundo lugar, que la relación así efectuada es tal sin perjuicio de una posterior exclusión de todos aquellos bienes que se justifiquen corresponder a terceros, así como de una ulterior inclusión de los

¹⁰³ Vid. la sentencia de 19 de noviembre de 1977 (RJA. nº 4.226) y la de 14 de abril de 1992 (RJA. nº 4.417). En esta última se reconoció la legitimación para ejercitar una acción derivada de un crédito que había sido omitido en el inventario. Sobre inclusión y exclusión de determinados bienes del inventario, cfr., entre muchas otras, las sentencias de 13 de diciembre de 1982 (RJA. nº 9.033 del año 1988), de 31 de diciembre de 1987 (RJA. nº 9.715), de 5 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.298), de 19 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.479), de 30 de diciembre de 1996 (RJA. nº 9.379), de 27 de noviembre de 2004 (RJA. nº 7.199) y de 4 de febrero de 2005 (RJA. nº 914).

¹⁰⁴ Cfr. SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 575, tomando como base las declaraciones de una sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 13 de enero de 1949 (*Foro Galego*, nº 55-56, enero-febrero, 1949, Colegio de Abogados de A Coruña, A Coruña, pp. 60 a 62).

¹⁰⁵ Cfr. la sentencia de 7 de febrero de 1991 (RJA. nº 1.153).

pertenecientes al causante que no fuesen conocidos al tiempo de la elaboración del mismo¹⁰⁶.

Por lo que se refiere a la forma en que se han de consignar los bienes comprendidos en el inventario, es costumbre acudir a la clasificación que establecía el artículo 1.066 de la anterior LEC., que disponía que “(..) *la descripción de bienes se hará por el orden siguiente: 1º. Metálico, 2º. Efectos públicos, 3º. Alhajas, 4º. Semovientes, 5º. Frutos, 6º. Muebles, 7º. Inmuebles, 8º. Derechos y acciones*”¹⁰⁷. Organizando los bienes según la estructuración contenida en dicho precepto, la doctrina es partidaria de exigir que aquellos figuren con todos sus datos identificativos, de tal modo que no se pueda inducir a confusión¹⁰⁸. Es por ello por lo que ciertos autores exigen que se especifiquen en el inventario los títulos de adquisición de los bienes y las cargas que pesen sobre ellos¹⁰⁹, así como los datos registrales de los inmuebles¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cfr. LÓPEZ R. GÓMEZ, *Tratado teórico-legal del Derecho de sucesión*, tomo II, 3ª edición, Madrid, 1916, p. 280.

¹⁰⁷ Ordinariamente, los bienes suelen agruparse en dos categorías –muebles e inmuebles– realizándose su descripción con arreglo al precepto citado en el texto (LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 157).

¹⁰⁸ En tal sentido, el artículo 1.066 de la anterior LEC. disponía que todos los bienes habían de contenerse en “*las diligencias que se extiendan, con la claridad y precisión convenientes*”, estableciendo el artículo siguiente que “*se formará, además, con igual precisión, inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren*”. Como ha apuntado VALLET, en el inventario, la relación de bienes se ha de hacer de tal modo que los bienes queden “suficientemente individualizados e identificados” (*Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 848). En el mismo sentido, cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 157.

¹⁰⁹ Cfr. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 442. Apoya tal exigencia la dicción de los artículos 1.065 y 1.066 del Código civil relativos a la partición.

¹¹⁰ Cfr., entre otros, VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 848; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 166; y O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 409.

Por último, con fundamento en la aplicación del artículo 1.033 del Código civil, cabe señalar que los gastos que origine la elaboración del inventario a que nos referimos serán a cargo de la herencia y habrán de incluirse en la misma¹¹¹.

3.4 El avalúo de los bienes

3.4.1 Concepto e importancia

La denominada como avalúo o tasación de los bienes suele ser la segunda operación particional. Con ella lo que se pretende es, como su propio nombre indica, valorar o tasar todos los bienes comprendidos en el inventario que serán objeto de la partición. Por tal motivo, esta operación únicamente puede efectuarse una vez que esté elaborado el inventario o a medida que éste se vaya realizando –en la práctica, los bienes se suelen tasar a medida que se van incluyendo en el inventario¹¹²–.

Siendo ello así, la valoración o tasación de los bienes a que nos referimos resulta de capital importancia, fundamentalmente, por los dos motivos que a continuación se exponen.

Primero: porque si de lo que se trata en la partición es de distribuir los bienes de la herencia de acuerdo con las cuotas en que cada uno de los

¹¹¹ Así lo entienden, entre otros, GITRAMA (*La administración de herencia en el Derecho español*, cit., p. 207) y VALLET (“Comentarios a los artículos 1.063 y 1.064 Cc.”, en *VVAA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 420). En efecto, aun cuando el artículo 1.033 Cc. esté situado entre los relativos al beneficio de inventario resulta de aplicación general. Dicho precepto dispone que “*las costas del inventario y los demás gastos a que dé lugar la administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario y la defensa de sus derechos, serán de cargo de la misma herencia. Exceptúanse aquellas costas en que el heredero hubiese sido condenado personalmente por su dolo o mala fe. Lo mismo se entenderá respecto de las causadas para hacer uso del derecho de deliberar, si el heredero repudia la herencia*”.

¹¹² Recogiendo tal posibilidad, vid. la sentencia de 16 de mayo de 1984 (RJA. nº 2.415).

llamados ha sido instituido, tal finalidad resultaría muy difícil de conseguir de no existir un criterio o medida que uniformase aquellos. En efecto, de no ser los bienes a distribuir una masa homogénea divisible, o de no existir por cada categoría de bienes un número de ejemplares idénticos divisible por el denominador común de llamados, la partición sería imposible¹¹³. Por ello, resulta imprescindible proceder a la valoración de los bienes.

Y segundo: la valoración también resulta de capital importancia por cuanto que el establecimiento de una medida uniforme para todos los bienes permite averiguar a cuánto asciende la herencia y cuánto ha de recibir en ella cada uno de los partícipes¹¹⁴. Tales datos permiten determinar, por ejemplo, si ha habido lesión en la legítima o si se han de reducir algunas disposiciones por ser inoficiosas.

Sentadas estas bases, y según hemos avanzado, dos cuestiones de importancia se presentan cuando se trata de realizar el avalúo: la determinación del criterio que se ha de utilizar para la valoración de los bienes y la cuestión del tiempo o momento al que se ha de atender para efectuar dicha tasación. Veamos cada una de ellas.

3.4.2 El criterio de valoración de los bienes

En lo que atañe al criterio según el cual se han de valorar los bienes, resulta evidente que nada establece ni la LDCG. ni el Código civil. Y lo que en un principio pudiera resultar un inconveniente deja de serlo en atención a que, como acertadamente ha puesto de relieve VALLET, el término *valor* no es

¹¹³ Para evitar la realización de la operación de avalúo no resulta suficiente que los bienes sean de la misma especie. En efecto, como señalan LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 158), los bienes han de ser exactamente iguales, ya que de lo contrario habría diferencias de valor. Cfr. en tal sentido la sentencia de 21 de abril de 1966 (RJA. nº 3.726).

¹¹⁴ Como apunta ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 167 y 168), con el avalúo se persigue conseguir un denominador común o medida uniforme para todos los bienes de la herencia.

sino un concepto relativo: es posible referirse a un valor de mercado, a un valor en uso, a un valor de producción o reproducción, o a un valor de cambio, entre otros¹¹⁵. En efecto, dependiendo de los bienes de que se trate – bienes inmuebles, por ejemplo–, existen diferentes criterios de tasación que se han de tener en cuenta y a los que no se atiende en otra categoría de bienes – bienes muebles, por ejemplo–. Además, no se ha de olvidar que también ha de prestarse atención al criterio valorativo del causante –por definición siempre subjetivo, aun cuando pueda atender a circunstancias más o menos objetivas–. A la vista de lo anterior, no resulta desacertado que la LDCG. y el Código civil no hayan establecido ningún criterio valorativo concreto. Es más, de proceder en sentido contrario podría darse lugar a resultados injustos.

Así las cosas, y al margen de los distintos criterios de valoración que, en función de los bienes a tasar, ha elaborado la doctrina, sí parece que existe un principio sobre el que hay acuerdo: la uniformidad en la tasación. Esto es: sea cual fuere el criterio de valoración, éste ha de ser el mismo y ha de respetar los principios de proporcionalidad y equidad para con todos los bienes de la misma categoría. De esta manera, es decir, si se respetan los citados principios de uniformidad y proporcionalidad, el avalúo de los bienes realizado gozará de la característica de inimpugnabilidad¹¹⁶.

¹¹⁵ De acuerdo con la tesis mantenida por VALLET (*Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 850), los criterios de valoración citados en el texto también son de carácter relativo ya que pueden variar en función de las circunstancias de tiempo, de lugar, de oportunidad o de los intereses del comprador y del vendedor, entre otras.

¹¹⁶ Cfr. VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 851. Recogen tal doctrina, entre otras, las sentencias de 21 de abril de 1966 (RJA. nº 3.726), la de 7 de enero de 1991 (RJA. nº 110), la de 15 de marzo de 1995 (RJA. nº 2.654) y la de 16 de marzo de 2001 (RJA. nº 3.199). En la de 21 de abril de 1966 (RJA. nº 3.726) –en la que se juzgaba una partición donde todos los bienes habían sido infravalorados–, el Tribunal señaló que “no se ha acreditado que haya existido diferente criterio al valorar unos y otros bienes, ya que si todos han sido tasados por bajo de su valor no existe perjuicio para ninguno de los herederos”. Admitiendo lo anterior, LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 158) consideran que, a la hora de tasar los bienes, resulta exigible que dicha tasación se realice según un criterio uniforme que, además, ha de estar “en cierta relación con el valor de mercado”.

Atendiendo a lo expuesto, cabe concluir que la determinación del criterio valorativo es una cuestión un tanto compleja y que varía en función de los bienes a tasar y de las circunstancias de los mismos. Con todo, con VALLET, creemos que, a la hora de proceder al avalúo de los bienes, se ha de intentar determinar su valor real, aún cuando para ello se haya de promediar diversos criterios de tasación, respetando siempre el principio de equidad y proporcionalidad¹¹⁷. Así, por ejemplo, para conseguir la determinación del valor real de un edificio se habrán de promediar y tener en cuenta distintos criterios: la antigüedad, la existencia de arrendamientos y la fecha de su vencimiento, el valor catastral y la posibilidad de aumentar la edificabilidad, entre otros¹¹⁸.

3.4.3 El momento de valoración de los bienes

Por lo que se refiere a la segunda cuestión que antes apuntábamos –la determinación del momento a tener en cuenta para la valoración de los bienes– se ha de señalar que su fijación también resulta de gran trascendencia. En efecto, si los bienes son evaluados en el momento del fallecimiento del causante y consiguiente apertura de la sucesión, las alteraciones de valor que puedan sufrir dichos bienes desde tal momento hasta el de la partición serán de cuenta de cada uno de los destinatarios. En cambio, si la tasación se realiza

¹¹⁷ Y es que, como parece evidente, utilizar un único criterio valorativo a la hora de tasar un bien puede dar lugar en ocasiones a resultados injustos. Cuando se trata de realizar el avalúo ha de buscarse, como apunta VALLET (*Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 851), una “visión de conjunto” que facilitará tener en cuenta unos criterios y no otros, o desestimar un sistema de valoración y aceptar otro. Junto con la visión de conjunto y la complejidad de la valoración, no se ha de olvidar que en la práctica, en ocasiones, se asigna a los bienes un valor inferior al real con la finalidad de huir de los impuestos, lo que no impide que se hayan de aplicar los preceptos reguladores de tal impuesto, incluso en lo que a la valoración de bienes se refiere.

¹¹⁸ En las viviendas arrendadas se ha de tener en cuenta el tipo de arrendamiento y su duración, sobreestimando las que estén libres, como suele hacerse (cfr. la sentencia de 21 de abril de 1966 –RJA. nº 3.726–). Por otra parte, un criterio adecuado para valorar el mobiliario es su valor en uso; y para los bienes financieros su seguridad y rentabilidad.

en el momento de la partición, las plusvalías y los menoscabos sufridos por los bienes serán de cuenta de todos los herederos.

En esta materia, la doctrina se inclina por atender, a efectos de la valoración de los bienes, al momento de realización de la partición¹¹⁹. Igualmente, la jurisprudencia también se ha decantado por atender al avalúo de los bienes en el momento de la partición¹²⁰. Tal criterio se fundamenta en los artículos 847, 1.045 y 1.074 Cc. que refieren la valoración al momento de la adjudicación: “...se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente...”, establece el artículo 847 Cc.; “no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios”, dispone el artículo 1.045

¹¹⁹ Cfr., entre otros, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 158; O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 409; y ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 168, quien escribe que “valiesen lo que valiesen (los bienes) al morir el causante, el valor que se reparte no es éste, sino el que tengan al dividir”. Junto con ellos, VALLET matiza que se ha de distinguir el momento de valoración de los bienes del siguiente modo: a efectos de determinar la oficiosidad de los bienes donados o legados y su proporción respecto del resto del haber partible, ha de tenerse en cuenta su valor al momento del fallecimiento del causante, ya que, en tal momento, se individualizan los riesgos y las variaciones de los bienes predetráidos de la masa partible; y, a efectos de dividir la masa común indivisa, se ha de tener en cuenta el valor de los bienes en el momento de la partición, siendo las variaciones producidas hasta dicho momento a cuenta de todos los comuneros. Cfr. VALLET, “Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento”, *ADC.*, tomo XVIII-I, enero-marzo, 1965, pp. 227-266.

¹²⁰ Como excepción, la sentencia de 29 de septiembre de 1966 (RJA. nº 4.254) declaró que el avalúo había de referirse al momento de la muerte del causante. Sin embargo, la jurisprudencia ya se había pronunciado con anterioridad en sentido contrario: estableciendo como momento a tener en cuenta en la valoración el de la adjudicación de los bienes. Así se habían pronunciado las sentencias de 17 de abril de 1943 (RJA. nº 418), 22 de diciembre de 1944 (RJA. nº 1.392), 23 de junio de 1952 (RJA. nº 1.517) y la de 16 de noviembre de 1955 (RJA. nº 207/56). Con posterioridad a la sentencia citada de 1966, parece que se ha consolidado el criterio de la valoración al momento de la partición. Así se pronuncian, entre otras, las sentencias de 17 de enero de 1985 (RJA. nº 181), 14 de febrero de 1985 (RJA. nº 553), 21 de marzo de 1985 (RJA. nº 1.192), 14 de julio de 1990 (RJA. nº 5.860), 22 de noviembre de 1991 (RJA. nº 8.477), 8 de marzo de 2001 (RJA. nº 2.597), 6 de noviembre de 2003 (RJA. nº 8.266) y la sentencia de 4 de diciembre de 2003 (RJA. nº 8.526).

Cc. y “*podrán también ser rescindidas la particiones por causa de lesión (..) atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*”, indica el artículo 1.074 Cc. Así pues, el momento al que hay que atender en orden a la determinación del valor de los bienes es al de la adjudicación y no a cualquier otro, como pudiera ser el del fallecimiento o el de la aprobación judicial definitiva¹²¹.

3.5 La liquidación

3.5.1 Concepto y significados

Finalizadas tanto la elaboración del inventario de los bienes como la valoración de los mismos, la siguiente operación particional a realizar es la denominada liquidación. Por lo que a ésta se refiere, resulta preciso hacer notar que cabe otorgarle dos sentidos diversos: el primero de ellos sería entender la liquidación como mera operación aritmética, en tanto que el segundo sentido del término haría referencia al efectivo pago o a la efectiva liquidación de las deudas. Como cabe colegir, los dos indicados modos de entender la liquidación vienen a ser como dos fases de la operación

¹²¹ Vid. la sentencia de 8 de julio de 1995 (RJA. nº 5.552). En esta materia, la partición por testador, tanto individual como conjunta, constituye una excepción. En ellas, el momento al que se atiende a efectos de la valoración de los bienes es al de realización de la partición, que, a diferencia del resto de modos de partir, es en vida del testador y no tras su muerte. Lo que viene corroborado por el hecho de que en esta modalidad de partición no se admite, de entrada, la rescindibilidad por causa de lesión (arg. *ex arts.* 157.3 y 158 LDCG. y 1.075 Cc.): se atiende, por tanto, a la valoración de los bienes efectuada por el testador o testadores en el momento en que elaboraron la partición. Siendo ello así, en los pocos supuestos en que cabe ejercitar la acción de rescisión por lesión en esta modalidad de partición, cuyo examen efectuaremos en el capítulo séptimo, se procederá a valorar los bienes en el momento de la adjudicación de los mismos. Y es que, a efectos de determinar la existencia o no de lesión se atenderá no a la valoración efectuada por los testadores sino a la de los bienes en el momento de su adjudicación (cfr. art. 1.074 Cc.). Al margen de ello, cabe afirmar que la posibilidad de rescindir tal partición por causa de lesión supone reconocer que las posibles alteraciones de valor que hayan sufrido los bienes desde el momento de la elaboración hasta entonces son de cuenta de todos los herederos, debiéndose de buscar, por tanto, la proporcionalidad y el respeto a las cuotas de institución.

particional que comentamos¹²². Veamos, separadamente, en qué consiste cada uno de ellos.

3.5.2 La liquidación como operación aritmética

La finalidad de la liquidación entendida como operación aritmética consiste en la determinación del activo partible, para lo cual, tomando en cuenta el avalúo realizado sobre los bienes inventariados han de efectuarse una serie de deducciones y aumentos¹²³. Así, del importe de los bienes inventariados se han de descontar las deudas y se han de agregar los bienes objeto de colación: “*el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición*” (art. 1.035 Cc.). Una vez realizados estos aumentos y deducciones, el resultado obtenido constituirá el activo líquido que puede partirse entre las personas con derecho a ello.

Por lo que a las deudas se refiere –que, como se ha dicho, se han de deducir del importe del caudal inventariado–, la doctrina suele incluir en ellas: las deudas del difunto –ya estén vencidas, aplazadas, condicionadas o en estado litigioso¹²⁴–; las cargas que graven los bienes de la herencia, que

¹²² Cfr. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 852.

¹²³ SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 1939) definía la liquidación como “operación aritmética (...) mediante la cual, y a partir del importe total del valor de los bienes inventariados, y previa la deducción de las *bajas comunes y especiales* que de aquél deban hacerse, y el *aumento* del importe de los bienes *colacionables*, cuando los hubiere, se fija el *líquido* del caudal hereditario, o el *haber* del difunto causante de la sucesión, divisible entre los partícipes de una sucesión”. Siendo ello así, y según se indicó en el epígrafe relativo al inventario, es posible que en dicha operación consten ya algunas de las obligaciones o cargas del patrimonio del causante; no todas, pues el montante de alguna de ellas no se puede determinar en tal momento.

¹²⁴ Cfr. VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 853.

pueden ser liquidables o no¹²⁵; los gastos de la última enfermedad y las impensas fúnebres¹²⁶; los gastos de administración del caudal; los gastos derivados del pago de legados que no signifiquen predetracción y los derivados de la entrega de los legados¹²⁷; así como los gastos que causa la partición¹²⁸. El descuento de los anteriores gastos respecto del importe de los bienes de la herencia, constituyen, como acertadamente señalara PUIG BRUTAU, la liquidación hereditaria en sentido estricto¹²⁹.

Concretamente, por lo que se refiere a los gastos que causa la partición, el artículo 1.064 Cc. dispone que si son hechos “*en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia*”, mientras que si son hechos en “*interés particular de uno de ellos, serán de cargo del mismo*”¹³⁰. Siendo ello

¹²⁵ Entre otros casos, es posible que los gravámenes que pesan sobre los bienes de la herencia no sean liquidables por propia naturaleza –como es el caso del usufructo (cfr. arts. 513 y ss. Cc.), de los derechos de uso y habitación (cfr. arts. 523 y ss. Cc.) o de las servidumbres (cfr. arts. 530 y ss. Cc.)– o por tratarse de rentas o cargas reales perpetuas no redimibles. A tal efecto, vid. lo establecido por el artículo 1.086 Cc.

¹²⁶ Cfr. VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 853.

¹²⁷ Como apunta VALLET (*Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 856), los gastos derivados del pago de legados que no signifiquen predetracción, constituyen, según evidencian los artículos 902 y 903 Cc., una carga de la herencia, que, si el testador no la ha impuesto a nadie en particular, grava a todos “*en la misma proporción en que sean herederos*” (cfr. art. 859.2 Cc.). Asimismo, constituyen carga de la herencia los gastos derivados de la entrega de los legados, tal y como dispone el artículo 886.3 Cc.: “*los gastos necesarios para la entrega de cosa legada serán a cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima*”.

¹²⁸ Cfr. arts. 1.033 y 1.064 Cc. En otro orden de cosas, aun cuando este último precepto señale que “*los gastos de partición (..) se deducirán de la herencia*”, ello no siempre se puede llevar a cabo en la fase de liquidación por el desconocimiento de su importe total. Por ello, se suele realizar una aproximación del importe estimado (cfr. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., p. 711).

¹²⁹ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 468.

¹³⁰ Vid. el comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 907 del Proyecto de 1851 – antecedente del artículo 1.064 Cc. actual– donde ya recogía la distinción apuntada en el texto

así, y según han defendido LACRUZ y SANCHO, el criterio para calificar un gasto como común o como particular estriba en la respuesta a la pregunta “*cui prodest*”¹³¹. Si el gasto beneficia a todos estaremos ante un gasto común y participarán en su pago todos los coherederos (arg. ex art. 1.064 Cc.) y, de acuerdo con la jurisprudencia, también el cónyuge supérstite y el legatario de parte alícuota en proporción a sus cuotas¹³²; si no es así, esto es, si el gasto no beneficia a todos los herederos, será un gasto particular a cuenta del beneficiado. En coherencia con este criterio, resultan gastos realizados en interés común los ocasionados por el inventario de los bienes (arg. ex art. 1.033 Cc.), los honorarios de los contadores-partidores, los gastos originados por la elaboración de una escritura pública o protocolización de un documento que a todos los herederos beneficia, la mitad de los gastos que resulten de la disolución de la sociedad de gananciales y los que se siguen de la entrega de legados (arg. ex art. 886 Cc.). Y constituyen gastos realizados en interés particular los derivados, por ejemplo, de la menor edad o ausencia de uno de los herederos: los gastos del defensor judicial o de aprobación judicial de la partición (cfr. art. 1.060 Cc.)¹³³.

entre gastos de la partición hechos en interés común o en interés particular (cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo II, Sociedad Tipográfico-editorial, Madrid, 1852, p. 266).

¹³¹ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 159.

¹³² Cfr., la sentencia de 11 de enero de 1950 (RJA. nº 21). De la contribución a los gastos se ha de excluir a los legatarios de cosa cierta y determinada (vid. art. 882 Cc.; la sentencia de 24 de enero de 1978 –RJA. nº 21– que excluye al cónyuge sobreviviente en tal caso; y entre la doctrina, vid., por todos, ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 172).

¹³³ Cfr. la sentencia de 13 de enero de 1911 (JC. tomo CXX nº 18) en la que se realiza una distinción general entre los gastos ocasionados por el antiguo juicio de testamentaria realizados en interés común o particular. Vid., asimismo, las sentencias que tratan de gastos más específicos, entre las que cabe destacar, la de 22 de marzo de 1899 (JC. tomo LXXXVI nº 111) sobre las costas judiciales; la de 26 de abril de 1911 (JC. tomo CXX nº 39) que reconoce que, en principio, los honorarios de los contadores-partidores nombrados en juicio son gastos comunes; la de 11 de marzo de 1911 (JC. tomo CXX nº 105) donde se indica que la parte condenada en costas no ha de abonar los gastos de abogado y procurador de la otra parte litigante cuando su intervención no sea preceptiva; y la de 21 de abril de 1973 (RJA. nº 1.841) donde se establece que los gastos del contador-partidor dirimente no son comunes a

De otra parte, cierta doctrina incluye también dentro de las deudas o cargas, las derivadas de la liquidación de la sociedad de gananciales. Ello resulta posible cuando en el inventario, junto con los bienes propios del causante, se comprenden también los bienes de carácter ganancial, deslindándose en la fase de liquidación el importe correspondiente a cada uno de los cónyuges. En tales casos, el importe de los bienes gananciales que corresponden al cónyuge superviviente aparecerá, en la fase liquidatoria, como deudas o cargas. Pues bien, aun cuando en ocasiones se proceda de la forma indicada, a nuestro juicio, la liquidación de gananciales constituye una operación previa a la partición y que se diferencia de ella en cuanto a los sujetos, objeto y fin. Por tal motivo, entendemos que resulta técnicamente más correcto realizar, con carácter previo a la partición de la herencia, la liquidación de la sociedad de gananciales. De este modo, en el inventario de la herencia del causante únicamente se incluirán los bienes de la sociedad de gananciales que le correspondan, sin hacer mención de los correspondientes al otro cónyuge. Esto no impide que ambas operaciones –liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia–, se efectúen en un mismo momento e incluso en un mismo instrumento, aunque, eso sí, de modo separado¹³⁴.

todos los coherederos sino que han de ser pagados por quienes han sido parte del juicio. En contra de considerar particulares los gastos derivados de la aprobación judicial de la partición por la existencia de menores, vid. SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 577.

¹³⁴ Como se indica en el texto, resulta más correcto entender que la liquidación de la sociedad matrimonial es un negocio preparticional y no una baja dentro del inventario. En efecto, con tal operación se trata de delimitar qué bienes de la sociedad forman parte del inventario de la herencia del causante. Siendo ello así, la realización previa de la liquidación no es absolutamente imprescindible ya que es posible que uno de los elementos con que se rellene una hijuela sea la cuota que al causante le correspondía en la sociedad matrimonial. De todas formas, y aun cuando no es infrecuente que se realicen los dos negocios en un mismo documento, constituyen en todo caso dos negocios distintos e independientes, relativos a patrimonios diferentes. Así, la realización de uno no conlleva necesariamente la del otro.

3.5.3 La liquidación efectiva de las deudas

Examinado el primer significado que cabe atribuirle al término liquidación, sólo nos resta referirnos al segundo. Éste consistiría, no en una operación meramente contable como la que hemos explicado, sino en una liquidación efectiva de las deudas. Es decir, con esta liquidación tendría lugar un cambio efectivo en la masa hereditaria.

Así configurado este segundo significado que se le puede reconocer al término liquidación, se ha de indicar que la liquidación efectiva de las deudas a que nos referimos no constituye una operación imprescindible de la partición de herencia; a diferencia de lo que sucede con la liquidación contable que ha de existir en todo caso, habida cuenta de que su finalidad estriba en deslindar el activo partible. La razón que justifica el aserto anterior reside en que la finalidad de la partición consiste en distribuir los bienes entre los herederos, pero no en liquidar las deudas: la partición no tiene una finalidad liquidadora¹³⁵. En tal sentido, sería una partición perfectamente válida la que distribuyese todos los bienes entre los herederos quedando éstos obligados al pago efectivo de las deudas. Con todo, a pesar de ello, no resulta infrecuente que en el transcurso de las operaciones particionales se liquiden efectivamente las deudas, o que, por lo menos, se prevea y regule su pago. Lo que puede hacerse de diversas maneras: separando metálico suficiente en la herencia o seleccionando bienes y créditos para obtener tal metálico de su venta o cobro¹³⁶; garantizando con garantía real las deudas; formando una

¹³⁵ De distinto modo expresan los autores el carácter no esencial de la liquidación efectiva de las deudas en el negocio particional. Cfr. entre otros, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 159; VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 857 y ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 165 y 168.

¹³⁶ La prohibición de disponer que puede recaer sobre algunos bienes de la herencia no constituye obstáculo para su enajenación a efectos del pago de las deudas hereditarias. Sobre este extremo, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La herencia y las deudas del causante*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 191; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Civitas, Madrid, 1991, p. 30; y más recientemente, MINGORANCE GOSÁLVEZ, “Efectos civiles y registrales de las prohibiciones testamentarias de disponer”, en

hijuela de bienes con que hacer frente a aquéllas; atribuyendo a un heredero un lote de bienes con su compromiso de pagar las deudas que se le indiquen, aún a costa de su patrimonio personal; o, en fin, a través de la adjudicación en pago de deudas –se adjudican al acreedor unos bienes como pago de la deuda–¹³⁷.

La ventaja de que gozan algunos de los referidos modos de “liquidar” las deudas estriba en que, habiéndose procedido al pago de los acreedores o habiéndose prestado garantía suficiente, éstos no podrían participar ni oponerse a que se lleve a efecto la partición, como cabe deducir del artículo 1.082 Cc. *a sensu contrario*¹³⁸.

3.6 La formación de los lotes y la adjudicación de los bienes

3.6.1 Concepto

Efectuada la liquidación contable –con o sin liquidación efectiva de deudas–, el siguiente paso en el proceso de partir consiste en la formación de los lotes o hijuelas y la adjudicación de los mismos a cada uno de los herederos. La realización de estas dos operaciones pone fin a la partición y confiere a cada heredero, según establece el artículo 1.068 Cc., “*la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*”, siempre y cuando haya sido “*legalmente hecha*” y los bienes adjudicados fuesen propiedad del causante¹³⁹.

VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 1154 y 1155.

¹³⁷ Cfr. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., pp. 852 y 857 y LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 195, quienes señalan que incluso se puede tener en cuenta deudas y bienes futuros. Vid. también el artículo 45 LH.

¹³⁸ En relación con los acreedores de uno o más coherederos el artículo, 1.083 Cc. establece una participación de menor grado que la de los acreedores hereditarios, dada su distinta condición.

¹³⁹ Vid. páginas 53 a 56.

La operación particional denominada como formación de los lotes consiste, como su propio nombre indica, en formar lotes o hijuelas con los bienes del causante para rellenar las cuotas en que cada heredero ha sido instituido. Es, por tanto, el momento en que se determinan los bienes concretos que a cada heredero se le atribuirán. Por tal razón, constituye una operación sumamente importante, pues es cuando pueden salir a relucir agravios comparativos, valoraciones afectivas de los bienes por parte de los coherederos y cuando se pueden originar lesiones u otro tipo de perjuicios. Los indicados motivos evidencian que esta operación reviste cierta complejidad¹⁴⁰.

3.6.2 Reglas para la formación de los lotes

Como parece lógico, para proceder a la formación de los lotes, en primer lugar se ha de atender a las disposiciones realizadas por el causante. En efecto, éste puede haber llevado a cabo por sí mismo la partición, formando, por tanto, los lotes correspondientes a cada heredero, o puede haber dictado únicamente normas para realizarla: determinando que ciertos bienes formen parte del lote que corresponderá a un concreto heredero o estableciendo preferencias de cara a la inclusión de un bien en una hijuela¹⁴¹. Estas normas para la formación de lotes dictadas por el testador han de ser observadas en cualquier tipo de partición, ya sea partición por contador-partidor o partición por coherederos (arg. *ex art.* 786 LEC.)¹⁴².

¹⁴⁰ Una de las ventajas de que goza la partición por testador, individual o conjunta, es que, en ella, esta operación particional presenta una complejidad menor debido a que el causante-testador, que conoce los bienes de su patrimonio y las necesidades y aptitudes de las personas que instituye como herederos, es quien realiza la determinación concreta de los bienes con que rellenar cada una de las cuotas (vid. el apartado tercero del capítulo segundo).

¹⁴¹ Cfr. la sentencia de 12 de mayo de 1987 (RJA. nº 3.438) en la que la causante realizó una *asignatio intra partem hereditatis* sobre un piso, sin que tal asignación o preferencia entrañase ventaja patrimonial alguna, puesto que dicha testadora quería que la distribución de los bienes fuese igualitaria.

¹⁴² Recogiendo lo que se indica en el texto, vid. el artículo 275 de la Propuesta para la reforma de la LDCG. (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, en VVAA., *Libro-*

En segundo lugar, y no existiendo partición por testador o normas por él establecidas, el encargado de formar los lotes con los bienes del causante ha de atender a lo dispuesto por el Código civil en los artículos 1.061 y 1.062, que pasamos a analizar. El primero de los citados preceptos sienta la regla de la igualdad en la distribución precisando que “*en la partición de la 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*” – regla que no resulta exigible cuando es el mismo testador o los coherederos quienes efectúan la partición, ya que tanto uno como los otros pueden realizar la partición como tengan por conveniente (arg. ex arts. 1.058 Cc. y 786 LEC.)¹⁴³. A la vista de lo que dispone el precepto transcrito, resulta patente que existirán dificultades en su aplicación cuando únicamente exista un bien – no hay varios bienes idénticos para repartir de forma igualitaria¹⁴⁴; o cuando en la herencia no exista un número de bienes de igual naturaleza, calidad y especie, divisible por el número de herederos que concurren a ella –lo que resulta muy frecuente–. Por ello, el legislador, atendiendo a la realidad de los hechos, ha introducido en el texto del precepto un elemento relativizador: indica que se ha de guardar “*la posible igualdad*”; es decir, se guardará la igualdad cuando ello sea posible. Este inciso ha servido de apoyo a la jurisprudencia para afirmar que el artículo 1.061 Cc. constituye una norma orientativa y que no exige la existencia de una igualdad matemática en la distribución¹⁴⁵. Esta igualdad matemática sería una realidad alcanzable a

homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 2429). Vid. también la nota nº 239.

¹⁴³ Vid., por todos, LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., pp. 111 y 112. Reconociendo que la igualdad del artículo 1.061 Cc. no es exigible cuando quien distribuye la herencia es el propio testador o los herederos mayores de edad de forma unánime, vid. las sentencias de 30 de noviembre de 1974 (RJA. nº 4.554) y de 13 de junio de 1992 (RJA. nº 5.131), respectivamente.

¹⁴⁴ Cfr. la resolución de la DGRN. de 30 de octubre de 1943 (RJA. nº 1.160) y la sentencia de 16 de febrero de 1998 (RJA. nº. 868).

¹⁴⁵ Sobre el carácter orientativo del artículo 1.061 Cc., vid. las sentencias de 9 de junio de 1949 (RJA. nº 89/1951), 8 de febrero de 1974 (RJA. nº 484), 25 de junio de 1977 (RJA. nº

través de la división jurídica de cada uno de los bienes que componen la herencia entre los herederos. Sin embargo, no resulta un ideal deseable ya que dicha división originaría tantas comunidades como bienes forman parte de la herencia, lo que en vez de ser una ayuda, constituiría un obstáculo al principio de seguridad y del tráfico jurídico.

En coherencia con lo anterior, constituye un lugar común entender que el artículo 1.061 Cc. tiene una imperatividad relativa: se ha de cumplir –imperativo– cuando por el tipo de bienes ello sea posible –relatividad–¹⁴⁶. La aplicación del citado precepto dependerá entonces, única y exclusivamente, de la composición objetiva de la herencia, sin que la relatividad que dicha norma introduce en el carácter imperativo signifique que la aplicación o no de la misma dependa de la voluntad del partidor que, en su caso, efectúe la partición¹⁴⁷.

3.015), 17 de junio de 1980 (RJA. nº 3.077), 7 de enero de 1991 (RJA. nº 110), 15 de marzo de 1995 (RJA. nº 2.654) y la de 23 de junio de 1998 (RJA. nº 4.745), entre otras. Y respecto a la innecesariedad de existencia de una igualdad matemática en la distribución, vid. las de 16 de junio de 1902 (JC. tomo XCIII nº 172), 30 de enero de 1951 (RJA. nº 89), 13 de junio de 1970 (RJA. nº 3.112), 21 de junio de 1986 (RJA. nº 3.787) y la de 28 de mayo de 1992 (RJA. nº 4.391), entre muchas otras.

¹⁴⁶ Desde la sentencia de 16 de junio de 1902 (JC. tomo XCIII nº 172) ya quedó sentado que la formación de los lotes depende “de las circunstancias de cada caso, de la naturaleza, calidad y valor de los bienes, de su posible división, del número de los partícipes, de las bajas o deducciones que hayan de hacerse y de otras que faciliten o impidan su realización en la práctica”. En sentido similar, vid., entre las sentencias más recientes, las de 14 de junio de 1993 (RJA. nº 4.838), 26 de enero de 1998 (RJA. nº 276) y la de 16 de febrero de 1998 (RJA. nº 868). Y, entre las resoluciones de la DGRN., la de 27 de noviembre de 1986 (RJA. nº 6.880).

¹⁴⁷ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 112 y también CARRASCO PERERA, “Comentario a la sentencia de 21 de marzo de 1985”, *CCJC.*, nº 8, abril-agosto, 1985, pp. 2535-2542, en especial, las pp. 2538 y 2539. Este último autor considera que, cuando por la composición objetiva de la herencia, sea posible incluir en cada lote bienes de igual calidad, naturaleza y especie y el partidor no lo haga así, dicha partición incurrirá en nulidad por infringir el artículo 1.061 Cc. En otro orden de cosas, vid. la resolución de la DGRN. de 2 de diciembre de 1964 (RJA. nº 5.928) que refiere la obligación de someterse al artículo 1.061 Cc. salvo que no haya medio hábil para hacer los lotes según se establece en dicho precepto, pudiéndose acudir entonces a lo establecido en el artículo 1.062

Así las cosas, y dada la dificultad que existe para que en una herencia haya bienes de igual naturaleza, calidad y especie en un número divisible por el número de herederos, sí parece posible exigir, por lo menos, que se guarde en todo caso cierta proporcionalidad en el criterio distributivo¹⁴⁸. Por tanto, cuando se trata de proceder a la formación de los lotes nos encontramos con un límite mínimo, constituido por el principio de proporcionalidad, que ha de salvaguardarse en cualquier partición –de lo contrario podríamos estar ante negocios de otra índole–, y con el criterio establecido en el artículo 1.061 Cc. que sólo resulta vinculante para el partidor cuando la composición objetiva de la herencia lo permita¹⁴⁹.

Junto con el indicado principio de la igualdad en la formación de los lotes, el Código civil contiene en el artículo 1.062 otra regla a tener en cuenta en esta operación. El referido precepto prescribe que *“cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo*

Cc. De suceder así, cuando de partición por contador-partidor se trata, no cabe entender que el contador-partidor se haya excedido en el ejercicio de sus funciones.

¹⁴⁸ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1993, cit., p. 121 y la sentencia de 7 de enero de 1991 (RJA. nº 110).

¹⁴⁹ Como reconoce la resolución de la DGRN. de 27 de noviembre de 1986 (RJA. 6.880) *“cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a las razones objetivas apuntadas (indivisibilidad o grave desmerecimiento), sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá el acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable y (...) en materia de capacidad y representación”*. En efecto, cuando lo que se altera es la proporcionalidad, el negocio puede perder incluso su condición divisoria para asumir otras figuras (cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 121). Al margen de ello, y según dispone el artículo 27 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, a efectos del mismo *“cualquiera que sean las particiones y adjudicaciones que los interesados hagan, se considerará (...) como si se hubiesen hecho con estricta igualdad y con arreglo a las normas reguladoras de la sucesión (...)”*.

*de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga*¹⁵⁰.

El texto del precepto transcrito evidencia que si la división de un bien –en este caso, división física y no jurídica–, en orden a atribuir partes del mismo a cada heredero, provoca su devaluación, resulta posible su atribución exclusiva a un solo coheredero “*a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero*”. De lo que cabe concluir que la regla de la división no tiene en modo alguno carácter absoluto¹⁵¹. Ahora bien, en los casos concretos en que quepa aplicar el artículo 1.062 Cc. –cuando la división física desmerezca mucho el bien o sea un bien físicamente indivisible, lo que no sucede con los bienes en condominio¹⁵²– el ejercicio de tal facultad se supedita a dos condiciones. De una parte, a que ninguno de los coherederos pida la venta del bien en pública subasta, ya que, de pedirse, ésta se llevará a cabo: “*bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga*”. Y de otra, la adjudicación del bien se subordina al abono del dinero al resto de los coherederos –“*a calidad de*

¹⁵⁰ Sobre casos concretos de objetos indivisibles, vid. las sentencias de 5 de octubre de 1961 (RJA. nº 3.285), de 13 de julio de 1981 (RJA. nº 3.076) y la de 24 de julio de 1992 (RJA. nº 6.548). Cfr., además, la sentencia de 22 de mayo de 2002 (RJA. nº 5.253), en la que el bien integrante de la herencia resultaba indivisible como consecuencia de la prohibición de división o segregación que, sobre dicho bien, establecían las Ordenanzas Municipales.

¹⁵¹ Así las cosas, en el artículo 786 la LEC. se establece que a la hora de llevarse a la práctica las operaciones particionales, se “*procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas*”. En otro orden de materias, el Tribunal Supremo ha declarado en las sentencias de 8 de febrero de 1974 (RJA. nº 484) y de 14 de julio de 1990 (RJA. nº 5.860), entre otras, que la división como cuestión de hecho es de la exclusiva apreciación de la sala sentenciadora.

¹⁵² Según declara la sentencia de 26 de septiembre de 1986 (RJA. nº 4.793) “el artículo 1.062 Cc. parte del principio de que la cosa o bien sea el soporte económico o físico de una titularidad unívoca”, ya que dicho precepto “propende a la conservación de la cosa o bien que sea indivisible físicamente o desmerezca también físicamente, pero el condominio sobre el mismo, ya existente con anterioridad al fallecimiento del testador, no le afecta ni estética ni funcionalmente como tal industria en su explotación y desarrollo, lo que enerva la aplicación del artículo 1.062.1 Cc.”.

abonar a los otros el exceso en dinero”. Esta segunda condición es justificada por la doctrina al entenderse que si no se hace así, es decir, si se entrega el bien con anterioridad al pago del exceso en dinero al resto de los coherederos, éstos quedarían como simples acreedores con acción personal al reintegro de la suma debida por el coheredero adjudicatario, quien obtendría real y positivamente el haber hereditario¹⁵³. Así pues, la entrega de un bien a uno de los herederos, cuando ello sea posible conforme dispone el artículo que comentamos, se subordina a la no solicitud de su venta en pública subasta por parte de ningún heredero y al abono del exceso en metálico a los demás.

3.6.3 La adjudicación de los lotes

Teniendo en cuenta las reglas examinadas para la formación de los lotes – las disposiciones expresas del causante y las reglas de los artículos 1.061 y 1.062 Cc.–, éstos se han de formar en función de las cuotas de cada heredero. Si éstas son iguales, es decir, si todos los herederos han sido instituidos en la misma proporción, se incluirán en cada lote bienes idénticos o equivalentes – si ello resulta posible– y se procederá al reparto de los mismos mediante sorteo o elección. Si, por el contrario, las cuotas en que han sido instituidos los herederos son desiguales, habrá de acudir a la determinación numérica efectuada en el avalúo de cuánto ha de recibir cada heredero y por qué concepto –con respecto al montante total de la herencia–¹⁵⁴. Entonces, se procederá a repartir los bienes con que rellenar tales cuotas, lo que puede hacerse, entre otras, de las siguientes formas: repartir primero los bienes divisibles entre el número de herederos concurrente y luego ir cubriendo las cuotas de mayor cuantía con bienes que no quepa atribuir a todos; incluyendo en la hijuela de los herederos con mayor cuota bienes que se aproximen a la cuantía de aquélla, rellenando el resto con los demás bienes; o estableciendo

¹⁵³ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 2069. Junto con dicho autor, también defienden el carácter previo o coetáneo del pago como condición para la posesión del bien indivisible, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 161 y VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 860.

¹⁵⁴ Cfr. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 357, quien llama a esta operación, *determinación de haberes*.

un máximo común divisor, de tal forma que el haber se divida en lotes que luego se adjudicarán a cada heredero en función del número de veces que en su cuota quepa el montante de cada lote¹⁵⁵.

Como se advierte, tanto la formación de los lotes como la determinación del criterio para su distribución –sorteo o elección– resultan operaciones harto complicadas y pueden ser fuente de numerosos conflictos. En especial, cuando la partición no está realizada por el mismo causante-testador, ya que no le resultará sencillo al tercero que parte, a los coherederos o a la autoridad judicial, tener en cuenta las necesidades y circunstancias personales de cada heredero. Además, como se ha indicado, existe también el peligro de dividir en exceso los bienes. En todo caso, tras la adjudicación de los bienes ha de quedar satisfecho el haber correspondiente a cada heredero: ha de quedar rellena con bienes de la herencia cada una de las cuotas hereditarias¹⁵⁶.

Llegados a este punto, para terminar el presente epígrafe, sólo nos resta señalar que, junto con la entrega de los bienes que integran cada cuota, también se le han de proporcionar a los adjudicatarios los títulos correspondientes, según se establece en los artículos 1.065 y 1.066 Cc.: “los

¹⁵⁵ Cfr. VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., pp. 859 y 860. Aún en el caso de que las cuotas sean desiguales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.061 Cc. se ha de procurar que en cada lote exista una igual proporción de bienes de cada clase.

¹⁵⁶ En relación con los documentos personales del causante que puedan interesar a varios herederos y que no sean susceptibles de una clara valoración económica no existe un criterio unánime entre los autores. Así, un sector de la doctrina, entre los que se encuentran CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 396) y SANTOS BRIZ (*Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo VI, Edersa, Madrid, 1979, pp. 136 y 137), considera que, en tales casos, resultan aplicables los artículos 1.065 y 1.066 del Código civil. SANCHO (“Partición de herencia”, cit., p. 585), por su parte, entiende que, a falta de disposición expresa del testador o acuerdo entre los herederos, quien habrá de decidir es la autoridad judicial. Y, por último, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 477), y con él, algunos otros autores (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo IV, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 534), entienden que tales documentos se deben considerar excluidos de la partición.

títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieran” y “cuando el mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedará en poder del mayor interesado en la finca o fincas, y se facilitarán a los otros copias fehacientes a costa del caudal hereditario. Si el interés fuere igual, el título se entregará, a falta de acuerdo, a quien por suerte corresponda. Siendo original, aquel en cuyo poder quede deberá también exhibirlo a los demás interesados cuando lo pidieren”¹⁵⁷.

Respecto de la documentación, ha de precisarse que se ha de entregar tanto la certificación de que los bienes se han incluido en la partición –la certificación de haberse realizado la partición– como la documentación existente que justifique que dichos bienes eran propiedad del causante¹⁵⁸. Los gastos que se originen por este motivo son gastos generales de la partición a cargo de la herencia (cfr. art. 1.064 Cc.).

Una vez realizadas estas dos últimas operaciones particionales se producirá, como se dijo, el efecto previsto por el artículo 1.068 del Código civil. Y con fundamento en él, el heredero propietario de un concreto bien podrá entonces reclamar su entrega, en cualquier momento, a la persona que posea el bien, sea heredero o no, si carece de respaldo legal para mantener tal posesión. Desde entonces, el adjudicatario del bien podrá comportarse como propietario a todos los efectos –*ad ex.*, el ejercicio de la acción reivindicatoria–¹⁵⁹.

¹⁵⁷ El hecho de que el cuaderno particional se protocolice posibilita la obtención de un testimonio parcial –de la hijuela correspondiente– para cada uno de los herederos. Respecto de las copias de los documentos, vid. los artículos 221 y ss. del Reglamento Notarial; y en orden a la obligación de otorgar escritura pública, vid. la sentencia de 25 de enero de 1991 (RJA. nº 317) y la de 19 de junio de 1997 (RJA. nº 5.424).

¹⁵⁸ Según declara la sentencia de 24 de mayo de 1905 (JC. tomo CI nº 73), la entrega de los títulos no comporta la subsanación de sus defectos para que sea posible su inscripción de conformidad con las prescripciones de la Ley hipotecaria y su reglamento.

¹⁵⁹ Vid., sobre este aspecto, la sentencia de 21 de abril de 1987 (RJA. nº 2.720).

IV. TIPOS DE PARTICIÓN

4.1 Consideraciones generales

Tras el análisis de cada una de las operaciones particionales típicas y de su importancia dentro del fenómeno sucesorio, seguidamente examinaremos los diversos modos de proceder al reparto de la herencia, a fin de determinar los que resultan de aplicación en Galicia y de poder contrastar su régimen jurídico con el de los regulados por el Código civil. Las modalidades de partición a través de las cuales se efectúa la asignación concreta de los bienes hereditarios que analizaremos en primer lugar son la partición realizada por el mismo testador, la que efectúa un contador-partidor y la que llevan a cabo los propios coherederos, reguladas tanto en la Ley de Derecho Civil de Galicia (cfr. arts. 157 y 158, 159 y ss. y 164 y ss., respectivamente) como en el Código civil (cfr. arts. 1.056, 1.057 y 1.058). Junto con estos tipos de partición también estudiaremos la realizada por un contador-partidor dativo y la partición judicial, únicamente reguladas por el Código civil (cfr. arts. 1.057.2 y 1.059, respectivamente), pero que resultan de aplicación en Galicia (arg. ex art. 3 LDCG.). Al margen de las citadas modalidades de partición, también hemos de referirnos a la llamada “partición arbitral” y a la partición efectuada por un tercero.

Enumerados los diferentes modos para realizar la partición, cabe agruparlos en razón de la forma y de las personas que lo llevan a cabo. De entrada, podemos distinguir dos grandes grupos de partición: la partición judicial y la partición extrajudicial. Como decimos, el primer grupo viene constituido por la *partición judicial* que es la realizada por el juez en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil (cfr. arts. 1.059 Cc. y 782 y ss. LEC.). Por otra parte, dentro del segundo grupo –el de la *partición extrajudicial*– se engloban varios tipos de partición cuya característica común reside en no ser efectuadas por la autoridad judicial: la *partición por testador*, que es la llevada a cabo por el mismo causante-testador (cfr. arts. 157 y ss. LDCG. y 1.056 Cc.); la *partición por contador-partidor* designado por el

testador (cfr. arts. 159 y ss. LDCG. y 1.057 Cc.); la *partición convencional*, practicada directamente por los coherederos (cfr. arts. 164 y ss. LDCG. y 1.058 Cc.), y la partición realizada por un tercero. Además, al margen de estos dos grandes grupos, también es posible referirse a la *partición mixta*, que es la llevada a cabo de forma privada pero que necesita aprobación judicial (cfr. arts. 1.057.2 y 1.060, *a sensu contrario*, del Cc.), y a la llamada *partición arbitral*, realizada en virtud de un arbitraje instituido por el testador o por los propios herederos¹⁶⁰.

En todo caso, sea cual fuere la modalidad de partición escogida, el resultado final al que se llega es siempre el mismo: la distribución de los bienes del causante entre los herederos (cfr. art. 1.068 Cc.). Sin embargo, no resulta indiferente utilizar un camino u otro, pues alguno, por ser más breve y menos gravoso, conduce con mayor rapidez, por su simplicidad, a la consecución del fin buscado¹⁶¹. Por tal motivo, a continuación veremos de forma separada cada una de las modalidades de partición que resultan de aplicación en el ámbito del Derecho gallego: las reguladas específicamente por la LDCG. –partición por testador, por contador-partidor y por los coherederos–, aquéllas cuya regulación se encuentra recogida en el Código civil y que son de aplicación en Galicia *ex* artículo 3 LDCG. –partición por contador-partidor dativo y partición judicial–, y aquellas otras no reguladas específicamente por ninguno de ambos cuerpos legales y que también se aplican en el ámbito gallego –la partición por un tercero y la “partición arbitral”–¹⁶². La realización del citado análisis viene justificado además por, entre otras, las dos razones siguientes. De una parte, porque a lo largo del

¹⁶⁰ En la doctrina, numerosos autores han elaborado clasificaciones diferentes a la expuesta en el texto atendiendo a distintos criterios. Vid., entre otras, las que efectúan ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., pp. 335-337) y DE LA CÁMARA (*Compendio de Derecho sucesorio*, cit., pp. 418 y ss.).

¹⁶¹ Sobre las ventajas e inconvenientes de la partija realizada por el testador vid. el apartado tercero del capítulo segundo.

¹⁶² Con todo, en alguna ocasión haremos referencia expresa a las diferencias que existen entre las particiones reguladas por la LDCG. y las correspondientes del Código civil.

presente estudio el examen de las características de la partición por testador elaborada de modo conjunto se efectúa, en ocasiones, por contraposición con las de otras modalidades de partición, para lo cual resulta conveniente tener un conocimiento básico de las mismas. Y de otra, porque la visión general de los distintos modos de partir facilita el encuadre sistemático de la figura objeto de estudio en este trabajo y su correcta valoración a efectos de su utilidad práctica.

4.2 La partición realizada por el testador

Nuestro análisis de los diferentes modos de efectuar la partición de la herencia comienza por la que puede llevar a cabo el mismo causante-testador, bien de modo individual, bien conjuntamente con su cónyuge también testador: su regulación se encuentra recogida fundamentalmente en los artículos 157 y 158 LDCG. –el artículo 1.056 por lo que atañe al ámbito del Código civil, pero únicamente respecto de la efectuada de modo individual, ya que en dicho Cuerpo legal no se regula la partición conjunta–¹⁶³.

¹⁶³ En el ámbito del Código civil, la facultad que atribuye el artículo 1.056 al testador para partir de modo individual sus bienes no era admitida en toda su amplitud hasta hace no mucho tiempo. Así, el primer texto normativo en el que se reguló esta facultad con una amplitud similar a la actual fue el Proyecto de 1851 en el que se atribuía la facultad de partir a todo causante (cfr. art. 899). Hasta la redacción del Proyecto de 1851 la facultad a que nos referimos era considerada por la mayoría de la doctrina –con apoyo en su desarrollo histórico y en argumentos de Derecho comparado– como un privilegio, como una facultad extraordinaria de la que solamente gozaba el padre con relación a los hijos y el ascendiente con relación a los descendientes (cfr., por todos, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., p. 634). Sin embargo, ya entonces, determinados autores opinaban que dicha facultad no tenía tal carácter extraordinario. La ventaja de que gozaba el ascendiente que partía la herencia entre sus descendientes respecto de los demás causantes era únicamente de carácter formal (cfr., entre otros, MARÍN LÁZARO, “La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*”, *RGLJ.*, tomo CLXXVI, nº 2, septiembre, 1944, pp. 220-225). De todas maneras, sea cual fuere la condición de esta facultad, las limitaciones desaparecieron en el Proyecto de 1851 puesto que en él se amplió esta facultad de partir la herencia a todo causante, con independencia de los sujetos destinatarios de la partición (cfr. art. 899). Actualmente, tanto la LDCG. como el Código civil mantienen esta amplia extensión de la facultad de partir, aunque en ambas regulaciones se ha introducido un requisito más: el testamento; es decir, la necesidad de que el causante o causantes sean testadores (cfr. arts. 157 y 158 LDCG. y el artículo 1.056 en el ámbito del Código civil).

Debido a que la partición por testador realizada de modo conjunto por los cónyuges al amparo de los preceptos de la Ley de Derecho Civil de Galicia constituye el objeto de este trabajo, ahora únicamente nos limitaremos a apuntar de forma sucinta algunas de sus características –referibles también a la partición por testador efectuada de modo individual–, ya que tendremos oportunidad de estudiarlas de manera detallada en el presente trabajo.

De entrada, conviene señalar que el primero de los preceptos citados –el artículo 157 LDCG.– contempla en su apartado primero la posibilidad de que un testador realice de modo individual la partición de la herencia –“*el testador puede hacer la partija de la herencia en el propio testamento o en otro documento*”–¹⁶⁴, mientras que el apartado segundo del mismo artículo faculta

¹⁶⁴ El artículo 157.1 de la LDCG. tiene su origen en el artículo 105 del texto de la Comisión No Permanente. Las únicas modificaciones que sufrió tal precepto fueron el cambio del término “partición” por el de “partija”, y el cambio de numeración propuesto por el Partido Popular en su enmienda número 21. La redacción actual del artículo 157.1 LDCG. es muy parecida a la del primer párrafo del artículo 1.056 del Código civil en el que, como sabemos, únicamente se alude a la partición realizada por un testador de modo individual. En el citado precepto del Código civil se establece que “*cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*” (sobre la identidad del artículo 1.056 Cc. y 157 LDCG., vid., por todos, ZULUETA DE HAZ, “De las partijas –das partillas–”, en *VVAA., Derecho Civil Gallego*, Consejo General del Poder Judicial y Xunta de Galicia, Madrid, 1996, p. 371). Así, y aun cuando más adelante nos detengamos en ello, interesa señalar ahora que es casi unánime la doctrina que entiende que los términos del artículo 1.056 Cc. “*por acto entre vivos*” y “*por última voluntad*” se refieren a la partición realizada por el testador fuera de testamento o en un testamento, respectivamente (vid., por todos, SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 531). Por este motivo, en el presente estudio utilizaremos indistintamente las expresiones partición “*por acto entre vivos*” o partición realizada fuera del testamento y partición “*por última voluntad*” o partición contenida en un testamento, cuando hagamos referencia a la partición por testador regulada por el Código civil. Junto con ello, también conviene resaltar ahora que, aun cuando el objeto de este trabajo sea la partija realizada por el testador en el Derecho civil gallego, en ocasiones haremos referencia a algunos aspectos de la partición por testador del Código civil, puesto que son de regulación similar, y por el carácter supletorio del Código civil respecto de la LDCG. Ello explica asimismo que, al examinar el régimen jurídico de la partición en el Derecho gallego, se trasvasen los argumentos elaborados por la doctrina del ámbito del Código civil.

a los cónyuges a que efectúen la partición de modo conjunto “*en un solo documento, aunque testasen por separado*”¹⁶⁵.

Tales normas permiten determinar las características esenciales de la partición efectuada por el testador, ya se realice ésta de modo individual, ya de forma conjunta. Así, constituye una nota esencial que el causante o causantes sean testadores; es decir, que hayan otorgado testamento. En efecto, todo causante que quiera hacer la partición de su herencia, esto es, proyectar durante su vida el modo en que sus bienes se distribuirán a su muerte, ha de otorgar un testamento en el cual se contenga la institución; o lo que es lo mismo, en donde se establezca –directa o indirectamente– qué personas son llamadas a su herencia como herederos y en qué porciones (cfr. art. 157 LDCG.). Siendo ello así, el testador o testadores pueden incluir en el mismo acto testamentario donde realicen la institución la determinación concreta de los bienes con que rellenar las porciones en que los herederos habrán de sucederle –pueden incluir la partición de sus bienes en el testamento–, o, por el contrario, pueden realizar tal determinación de bienes fuera de dicho instrumento.

Así las cosas, y con fundamento en el principio de que la voluntad del causante es ley para la sucesión, habrá de pasarse por la determinación concreta de los bienes realizada por el mismo testador o testadores. De igual forma, también se pasará por tal distribución aunque exista lesión para uno o más coherederos si no “*aparece o racionalmente se presume*” que el testador o los testadores admitieron la posibilidad de rescindir la partición por ellos realizada por causa de lesión (cfr. art. 1.075 Cc. aplicable a Galicia *ex* art. 3 LDCG.). Y es que, a la vista de lo dispuesto por los artículos 157.3 y 158 LDCG. y 1.075 Cc., salvo en los supuestos que acabamos de exponer, la partición efectuada por un testador no podría ser rescindida por causa de

¹⁶⁵ La regulación de la partición por testador en la LDCG. se completa con el número 3 del artículo 157 y el artículo 158, ya transcritos (vid. nota nº 77). Así las cosas, y aun cuando la intención de la LDCG. sea constituir una normativa completa, también en este supuesto se pone de manifiesto que para aplicar la regulación de la LDCG. necesariamente ha de acudirse, y con asiduidad, a las normas del Código civil.

lesión entre lo que debería recibir un coheredero y lo que efectivamente ha recibido¹⁶⁶.

Junto con lo anterior, la partición que realiza el testador de modo individual o de forma conjunta con su cónyuge también testador tiene otras dos características que la singularizan frente al resto de las modalidades de partir. Una de dichas características estriba en que los testadores pueden obviar alguna de las operaciones que hemos denominado como *operaciones particionales típicas* o pueden variar la forma de realizarlas, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 786 de la LEC. En particular, este precepto dispone que “*el contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas (..)*”¹⁶⁷.

El precepto transcrito reconoce implícitamente la disponibilidad de las operaciones particionales por el testador: de la habilitación para establecer reglas distintas para la actuación del contador se colige la posibilidad de obviar alguna de aquéllas cuando es él mismo quien efectúa la partición. Así, por ejemplo, el testador o testadores pueden obviar el avalúo expreso de los bienes en el momento de elaborar la partición o, por el contrario, realizarlo asignando valores a los bienes o estableciendo las reglas de tasación que consideren oportunas¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Valga lo dicho en el texto como principio general. Como veremos en el capítulo séptimo, en especial en el epígrafe 5.4.2, existen diferencias entre ambos artículos (158 LDCG. y 1.075 Cc.), especialmente respecto del posible perjuicio de legítimas: en el ámbito del Código civil dicho perjuicio justifica la rescisión por lesión de la partición, y en el ámbito de la LDCG. únicamente la acción de suplemento de legítima y no la rescisión.

¹⁶⁷ No hemos transcrito en el texto el inciso final del referido precepto, que trae causa del artículo 1.046 de la anterior LEC., de contenido similar, –“*siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos*”– pues no lo creemos de aplicación al ámbito gallego (cfr. nota anterior).

¹⁶⁸ A nuestro modo de ver, los cónyuges en todo caso efectúan una valoración de los bienes a efectos de atribuirlos a una cuota u otra; esto es, siguen un criterio subjetivo para proceder a tal determinación. Ello no significa que: deben hacer constar en la partición de

De igual modo, los testadores: no han de incluir todos los antecedentes que –comúnmente– se contienen en el cuaderno particional en otras modalidades de partición, pueden relacionar los bienes sin necesidad de que consten todos los datos identificativos de los mismos –títulos de adquisición, datos registrales–, o, en fin, pueden distribuir sus bienes en lotes desatendiendo la regla a que se refiere el artículo 1.061 del Código civil¹⁶⁹.

Y la segunda nota que singulariza esta modalidad de partición que llevan a cabo el testador o testadores estriba en que no pone fin a la comunidad hereditaria, sino que impide su surgimiento, pasando los bienes *recta viae* del testador a los adjudicatarios al abrirse la sucesión.

4.3 La partición por contador-partidor

La segunda modalidad de partición que vamos a examinar es la efectuada por un contador-partidor, cuya regulación se encuentra recogida en los artículos 159 a 163 de la Ley de Derecho Civil de Galicia –en el artículo 1.057 por lo que se refiere al Código civil–. El primero de los preceptos señalados recoge en su apartado primero la posibilidad de que el testador encomiende a un contador-partidor la facultad de realizar la partición de la herencia estableciendo que “*el testador podrá encomendar, en el propio testamento o en otro documento público, la facultad de hacer la partija de herencia a quien no sea partícipe de la misma*”¹⁷⁰. Del precepto transcrito se

modo expreso el valor que le reconocen a los bienes, ni que tales valores necesariamente se correspondan con el valor objetivo de mercado.

¹⁶⁹ Junto con las especialidades que la partición por testador –individual o conjunta– puede presentar en las operaciones particionales, cabe resaltar también que, en dicha modalidad de partija, no se incluyen los frutos o rentas a que se refiere el artículo 1.063 Cc. Sobre este extremo, vid. la nota anterior nº 97.

¹⁷⁰ El artículo 1.057 del Código civil –de redacción muy parecida a la del artículo 159.1 LDCG.– dispone que “*el testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos*”.

derivan las propiedades esenciales de este tipo de partición, que pasamos a enunciar¹⁷¹.

En primer lugar, conviene indicar que lo específico de la modalidad de partición que comentamos reside en que es realizada por un tercero a quien el testador le encomienda tal cometido. Para que ello sea posible, tanto el otorgante como el destinatario de la tarea encomendada han de reunir ciertos requisitos: el causante tiene que haber otorgado un testamento –ha de ser testador– y la persona en quien recae el nombramiento de contador-partidor no puede ser partícipe de la herencia, salvo que renuncie a su participación (cfr. art. 159.1 LDCG.)¹⁷². Esta última circunstancia, como cabe colegir,

¹⁷¹ Teniendo en cuenta la finalidad que se persigue con la enumeración de las distintas modalidades de partición, en este epígrafe únicamente haremos referencia a algunos de los caracteres esenciales de la efectuada por un contador-partidor, siendo conscientes de que no haremos referencia a otros (el carácter voluntario y, en principio, gratuito del cargo –vid. los arts. 898 a 900 del Cc. y las sentencias de 18 de mayo de 1932, RJA. nº 1.055, y de 23 de mayo de 1958, RJA. nº 1.750, respectivamente–; o su carácter temporal –vid. los arts. 904 a 906 Cc. y las sentencias de 25 de enero de 1971, RJA. nº 288, y de 19 de diciembre de 2002, RJA. nº 51 del 2003–). Sobre esta materia, vid., más abundantemente, SANMARTÍN LOSADA “Comentarios a los artículos 159 a 163 LDCG.” en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 250-272. Siendo ello así, basta ahora con señalar que tanto la jurisprudencia como la doctrina del Código civil han venido aplicando a la partición por contador-partidor la regulación propia del albaceazgo, dada la ausencia de normativa específica de aquélla y el parecido –que no igualdad (cfr. la sentencia de 30 de marzo de 2004, RJA. nº 1975)– existente entre ambas figuras. En este sentido, vid. las sentencias de 11 de abril de 1967 (RJA. nº 2.207) y de 19 de febrero de 1993 (RJA. nº 996), entre muchas otras, y la resolución de la DGRN. de 12 de abril de 1951 (RJA. nº 1.145).

¹⁷² La exigencia de que el causante haya otorgado testamento (cfr. art. 1.057 Cc. y art. 159 por lo que se refiere a la LDCG.) ha suscitado algunas críticas en la doctrina del Código civil (vid. ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, “Comentarios al artículo 1.057 Cc., párrafo primero”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 189, y la tesis que mantiene TORRES LANA en “La partición por comisario”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, tomo IV, Universidad de Palma de Mallorca, 1983, pp. 108-109; este último autor, con fundamento en el artículo 1.057.2 Cc., defiende la posibilidad de nombrar un contador-partidor para la sucesión legítima). Sin embargo, *lege data* no cabe llegar a otra solución: es necesario en todo caso que exista un testamento. En otro orden de cosas, las únicas referencias que en los artículos 159 LDCG. y

responde a la finalidad de evitar innecesarios conflictos de intereses, ya que, de no existir la mencionada incompatibilidad, el contador-partidor podría ser juez y parte en la herencia. No obstante, la regla anterior se excepciona en la LDCG. respecto del cónyuge sobreviviente “*al que se hubiese asignado el usufructo total de viudedad*”. En efecto, el artículo 159.2 LDCG. permite al testador nombrarle “*contador-partidor, tanto en capitulaciones como en testamento*”, mancomunado o no, sin necesidad de que renuncie a su participación pudiendo “*delegar además en él la facultad de mejorar a los hijos o descendientes comunes*”¹⁷³.

Este nombramiento de un tercero como contador-partidor, que surte efectos tras la muerte del testador si no ha sido revocado –“*para después de su muerte*”, establece el artículo 1.057 Cc.–, puede realizarse de dos modos: “*en el propio testamento*” donde el causante dispone de su herencia o en otro

1.057 Cc. se contienen sobre las condiciones que ha de reunir el nombrado contador-partidor son: que “*no sea partícipe en la misma (la herencia)*” y “*que no sea uno de los coherederos*”, respectivamente. A nuestro modo de ver, la primera de ambas expresiones resulta más correcta técnicamente ya que permite incluir en tal prohibición a otras personas que, sin ser coherederos, tienen un evidente interés en la partición: el legatario de parte alícuota, aún cuando su derecho sea de usufructo (vid. la sentencia de 30 de marzo de 1993 –RJA. nº 2.541– y el resumen de opiniones que realiza NÚÑEZ MUÑOZ en *El legado de parte alícuota. Su régimen jurídico*, cit., pp. 149 y 150), y el cónyuge supérstite cuando se le atribuya un legado de parte alícuota consistente en el usufructo de una porción de la herencia (cfr. arts. 146 LDCG. y 834 y ss. Cc., y vid. también las sentencias de 8 de febrero de 1892 –JC. tomo LXXI nº 36– y de 13 de junio de 1898 –JC. tomo LXXXIV nº 108–, entre otras), a salvo el supuesto recogido en el artículo 159.2 LDCG. Por la misma razón, pero en sentido contrario, se ha de entender excluido de dicha prohibición el Notario autorizante (vid. la sentencia de 24 de mayo de 1954 –RJA. nº 1.325–). Por último, sobre la posibilidad de que el heredero renunciante sea contador-partidor, vid. las sentencias de 13 de junio de 1898 (JC. tomo LXXXIV nº 108) y de 18 de mayo de 1962 (RJA. 2.753).

¹⁷³ Sobre el origen, el sentido y la interpretación de este precepto puede verse: LEGERÉN MOLINA, “La facultad de partir atribuida al cónyuge comisario por la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en VVAA., *Libro-homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1299-1344.

documento (cfr. art. 159 LDCG.)¹⁷⁴. La revocación de tal nombramiento también puede llevarse a cabo de diversas formas: instituyendo a otro contador-partidor, removiendo al nombrado o realizando el mismo testador la partición, por ejemplo.

La misión que el testador le encomienda al contador es, como se dijo, la de partir la herencia; cometido que ha de realizar ateniéndose a las cuotas establecidas. Así pues y como principio general, la función del contador-partidor es eminentemente particional o distributiva –asignar bienes a las cuotas de los herederos– sin que de suyo tenga facultad dispositiva alguna¹⁷⁵. Con todo, junto con la tarea de efectuar la partición y al margen de las facultades que el testador expresamente pueda delegar en él, al contador-partidor se le suelen reconocer una serie de facultades conexas que resultan muy convenientes para poder llevar a cabo su misión, y que en algunos casos exceden de lo meramente particional. Esta realidad –aceptada unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina– ha sido recogida de forma expresa en la Ley de Derecho Civil de Galicia. En efecto, el artículo 163 de dicha ley establece que “*los contadores-partidores, además de las facultades propias del cargo y de las otras encomendadas por el causante, tendrán que hacer la entrega de los legados*”.

Siendo ello así, las facultades que ordinariamente se le suelen reconocer al contador no se limitan únicamente a la reseñada de modo específico por el artículo 163 LDCG., pudiéndose destacar, entre otras, las siguientes: la facultad de apreciar si procede o no la colación de bienes¹⁷⁶, la de interpretar

¹⁷⁴ Al utilizar tales términos, el artículo 159 LDCG. resuelve el debate doctrinal existente en el ámbito del Código civil relativo al significado que se le había de otorgar a los términos “*por acto entre vivos o mortis causa*” (sobre el significado de dichos términos en relación con el artículo 1.056 Cc., vid. nota nº 164).

¹⁷⁵ Cfr. la resolución de la DGRN. de 2 de diciembre de 1964 (RJA. nº 5.928).

¹⁷⁶ Vid. la resolución de la DGRN. de 9 de marzo de 1927 (JC. tomo CLXXIV nº 32) y la sentencia de 30 de marzo de 1949 (RJA. nº 933).

el testamento en lo que se refiera a la partición¹⁷⁷, la de realizar, en su caso, la liquidación de la sociedad de gananciales junto con el cónyuge viudo¹⁷⁸; la de valorar y satisfacer las legítimas de los herederos¹⁷⁹; la de determinar los bienes reservables¹⁸⁰; la facultad de adjudicar a los herederos bienes para pago de deudas¹⁸¹; y, finalmente, la de efectuar particiones adicionales por omisión involuntaria de bienes¹⁸².

Por último, otra característica esencial de este tipo de partición estriba en que el cargo de contador-partidor reviste carácter personalísimo, de modo tal

¹⁷⁷ A lo que parece, tal interpretación es meramente aclaratoria –no integradora– y no libre: está sometida a la ley y al testamento. Cfr., en tal sentido, ALONSO VISO, “Comentarios al artículo 163 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Madrid, 1997, pp. 1316-1319, y, también, GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 80 y 81, en especial la nota 42. Y, en la jurisprudencia, vid. las sentencias de 11 de febrero de 1952 (RJA. nº 284), de 24 de febrero de 1968 (RJA. nº 1.213), de 31 de marzo de 1970 (RJA. nº 1.854) y la de 27 de diciembre de 1982 (RJA. nº 8.065).

¹⁷⁸ Vid., entre muchas otras, las sentencias de 2 de abril de 1996 (RJA. nº 2.985) y de 23 de octubre de 1997 (RJA. nº 7.335).

¹⁷⁹ Según señala la resolución de la DGRN. de 9 de marzo de 1927 (JC. tomo CLXXIV nº 32) tal facultad lleva implícita la de reducir los legados en cuanto sean inoficiosos.

¹⁸⁰ Vid. la sentencia de 2 de marzo de 1959 (RJA. nº 1.089) y la resolución de la DGRN. de 14 de abril de 1969 (RJA. nº 4.172).

¹⁸¹ De efectuarse para con los extraños estaríamos ante un acto de naturaleza dispositiva que, junto con la dación en pago o la adjudicación en pago para asunción de deudas, excede de las facultades meramente particionales que se le encomiendan al contador-partidor. Cfr., en tal sentido, ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, “Comentarios al artículo 1.057 Cc., párrafo primero”, cit., p. 251 y la resolución de 20 de septiembre de 1933 (RJA. nº 276 bis).

¹⁸² Si la omisión de bienes fue voluntaria, ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART (“Comentarios al artículo 1.057 Cc., párrafo primero”, cit., p. 271) defienden que el contador queda privado de la facultad de dividir tales bienes. En este punto, no se ha de olvidar que el contador-partidor carece de aptitud para modificar una partición ya realizada: su nombramiento finaliza por cumplimiento del cometido (vid., sobre este extremo, la sentencia de 28 de mayo de 2004 –RJA. nº 3.551–).

que, salvo habilitación expresa del testador, no cabe su delegación¹⁸³. Ello no obsta para que el contador-partidor pueda auxiliarse de peritos técnicos al efecto de que realicen determinadas operaciones, y para que, conforme se establece en los artículos 160 y siguientes de la LDCG., puedan ser nombrados varios contadores-partidores respecto de una misma herencia¹⁸⁴. Dicho nombramiento puede ser mancomunado, sucesivo o solidario, entendiéndose mancomunado salvo establecimiento expreso de la solidaridad o de un orden sucesivo entre los contadores (cfr. art. 161 LDCG.).

4.4 La partición efectuada por los coherederos

La característica más sobresaliente de esta modalidad de partición cuya regulación se encuentra contenida en los artículos 164 a 169 de la Ley de Derecho Civil de Galicia –artículo 1.058 en el ámbito del Código civil– consiste en que es realizada por los propios herederos¹⁸⁵. En efecto, en la

¹⁸³ Vid., por todas, la sentencia de 25 de febrero de 2000 (RJA. nº 1.016) y las resoluciones de 27 de marzo de 1930 (RJA. nº 1.822) y de 15 de julio de 1943 (RJA. nº 944). En sentido parecido, vid. GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, cit., p. 79.

¹⁸⁴ Vid., entre otras, la sentencia de 24 de noviembre de 1992 (RJA. nº 9.367) y la de 20 de septiembre de 1999 (RJA. nº 6.361). En el ámbito gallego, los artículos 161 y 162 LDCG. regulan los supuestos de nombramiento de varios contadores-partidores de forma mancomunada y solidaria.

¹⁸⁵ A pesar de que el artículo 1.058 Cc. única y exclusivamente se refiere a los “herederos”, también deben concurrir en la distribución contractual: los legatarios de parte alícuota (cfr. la sentencia de 22 de febrero de 1997 –RJA. nº 1.191–); los legitimarios, a excepción, en el ámbito del Derecho gallego, del “*apartado*” ex arts. 155 y 156 LDCG. –el interés de aquellos en la fijación de la legítima les permite participar en la partición, aun cuando su llamamiento sea *ex re certa* o como legatario, y, por tanto, suponga una excepción al criterio general que exige llamamiento a título universal–; los usufructuarios de cuota de herencia y los herederos instituidos sólo en la nuda propiedad (cfr. la resolución de la DGRN. de 24 de abril de 1990 –RJA. nº 2.946–). Enumeración que resulta perfectamente aplicable al Derecho gallego (arg. ex art. 3 LDCG.). Junto con ello, los acreedores de los herederos pueden asistir a la partición para evitar que se haga en fraude de sus derechos (art. 1.083 Cc.), mientras que los acreedores de la herencia, que no constituyen parte obligada en la partición, únicamente pueden oponerse a ella (cfr. art. 1.082 Cc.). Recoge esta relación de intervinientes, entre muchos otros, CORBAL FERNÁNDEZ, “Comentarios a los artículos 1.058 a

partición por coherederos –también llamada *partición convencional*– la distribución de los bienes con que rellenar las cuotas no es efectuada por el causante-testador ni por un contador-partidor, sino que los mismos destinatarios de los bienes son los que realizan el reparto.

Siendo ello así, es preciso apuntar que la Ley de Derecho Civil de Galicia recoge en su articulado dos modalidades diversas de partición por coherederos: la *partición libre* –similar a la regulada por el Código civil en el artículo 1.058– contenida en el artículo 164, y la *partija de la mayoría* en el artículo 165 LDCG.¹⁸⁶ El primero de los citados preceptos dispone que “cuando el testador no hiciese la partija, si los herederos son mayores de edad o menores emancipados, podrá, por acuerdo unánime, distribuir la herencia de la manera que convengan, aunque hubiese partidor nombrado por el causante”, mientras que el segundo señala que “los herederos mayores en edad que representen más del 50 por 100 del haber hereditario y sean dos al menos podrán por sí solos hacer las partijas, siempre que no exista contador-partidor ni herederos menores no emancipados o incapacitados”¹⁸⁷. Al ser las regulaciones de estos tipos de partición por los coherederos en parte

1.060 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2000, p. 606; y en la doctrina gallega: MÉNDEZ APENELA, “Comentarios al artículo 164 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 277.

¹⁸⁶ Tal denominación parece que se debe a MÉNDEZ APENELA, “Comentarios al artículo 164 LDCG.”, cit., pp. 273 y ss.

¹⁸⁷ En el artículo 166 de la Ley de Derecho Civil de Galicia se contiene el procedimiento que se ha de seguir para realizar la partija de la mayoría: “La partija referida en los artículos anteriores habrá de ajustarse estrictamente a las disposiciones del causante o, en su caso, a las normas de sucesión legal, y estará sometida a las siguientes formalidades: 1ª) Formación de inventario y evaluación por perito, previa citación fehaciente, con treinta días de antelación como mínimo, a los demás interesados, si su domicilio fuese conocido. 2ª) Sorteo ante Notario de todos los cupos formados o, en su caso, de los cupos del remanente, después de haber fijado los correspondientes a legados de cosa específica y a las mejoras y legados de cuota. 3ª) Protocolización notarial de la partija. 4ª) Notificación de la protocolización, dentro de los noventa días hábiles siguientes, a los no concurrentes que tengan domicilio conocido”.

similares y en parte diferentes, a continuación destacaremos dos características comunes a ambas, tras lo cual explicaremos las especificidades de cada una de ellas.

La primera nota común a los distintos modos de realizar la partición por coherederos reside en que, para que se puedan llevar a cabo, es necesario que el testador no haya realizado por sí mismo la partición de la herencia –o, habiéndose hecho, sea inválida– y que no exista prohibición de partir impuesta por aquél (cfr. arts. 157, 158 y 164 LDCG. y arts. 1.051 y 1.700 Cc.)¹⁸⁸. Cumplidos tales requisitos –inexistencia de partición por testador y de prohibición de partir–, los herederos podrán efectuar la partición de la herencia, que, en el caso de la partija libre, constituirá un verdadero contrato plurilateral¹⁸⁹.

Una segunda nota de la partición convencional o por coherederos viene configurada por la capacidad requerida para su realización. A este respecto, tanto el artículo 164 LDCG. como el artículo 165 de la misma ley exigen que los herederos sean “*mayores de edad*” –a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Código civil, no se hace referencia alguna a la libre administración de los bienes (art. 1.058 Cc.)–. Asimismo, ambos preceptos reconocen

¹⁸⁸ A veces resulta difícil determinar si las asignaciones de bienes realizadas por el testador, en su testamento o fuera de él, constituyen bien partición por testador, bien unas normas que habrán de seguirse al efectuar la partición o bien meras *asignaciones*. Siendo ello así, no está de más resaltar desde ahora que el Tribunal Supremo entiende que la asignación esquemática de los bienes constituye partición por testador. Vid., en tal sentido, la sentencia de 21 de julio de 1986 (RJA. nº 4.575) y la de 15 de febrero de 1988 (RJA. nº 1.987). Defendiendo el criterio opuesto, la de 9 de marzo de 1961 (RJA. nº 945). Al margen de ello, en la Propuesta de reforma de la LDCG. se contienen dos preceptos donde se recoge parcialmente la distinción a que nos referimos. Así, el artículo 273 dispone que “el testador podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas”, y el artículo 275 indica que “podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de ser observadas al hacer ésta” (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2429).

¹⁸⁹ Respecto de la calificación de la partija de la mayoría como un contrato, vid. la nota nº 202.

capacidad suficiente al heredero menor de edad que estuviese emancipado¹⁹⁰. En lo que al artículo 164 LDCG. se refiere, ello se evidencia por el tenor literal del mismo “*cuando el testador no hiciese la partija, si los herederos son mayores de edad o menores emancipados...*”, mientras que en relación con el artículo 165 LDCG. ello se sigue de entenderse referida la expresión “*herederos mayores en edad*” tanto a los herederos mayores de edad como a los menores emancipados¹⁹¹. Interpretación que encuentra su apoyo en el inciso final del mismo precepto, en el que se dispone que la partición de la mayoría puede efectuarse “*siempre que no exista (..) herederos menores no emancipados*”¹⁹².

Explicadas las notas comunes a las dos modalidades de partición por coherederos reguladas en la Ley de Derecho Civil de Galicia, sólo nos resta referirnos a las diferencias que hay entre ambas. Una primera diferencia reside en que, mientras en la partija de la mayoría (cfr. art. 165 LDCG.) los

¹⁹⁰ Al margen de su inclusión en el texto legal –ya de por sí, suficiente–, los argumentos que, a nuestro modo de ver, sustentan el reconocimiento de la capacidad del menor emancipado para efectuar la partición son, básicamente, dos: primero, que aun no siendo mayor de edad, posee la libre administración de sus bienes; y segundo, que el acto particional, que en sentido estricto no es un acto traslativo de dominio, no está dentro de los actos en que se limita su capacidad recogidos en el artículo 323 del Código civil.

¹⁹¹ Como parece lógico, la expresión “*herederos mayores en edad*” ha de interpretarse como “*herederos mayores de edad*”.

¹⁹² Mientras que en la *partija libre* cabe realizar la partición cuando exista un heredero menor no emancipado o incapacitado debidamente representado, en la *partija de la mayoría* ello no es posible, a la vista del tenor literal del artículo 165 LDCG.: “*siempre que no exista contador-partidor ni herederos menores no emancipados o incapacitados*”. Tal conclusión es la que se deriva del texto de la LDCG., a pesar de que no parece que sea una solución del todo adecuada, habida cuenta de que la partija de la mayoría se concibe como un remedio un tanto excepcional para facilitar la distribución de la herencia evitando así la indivisión hereditaria. Así las cosas, en la doctrina, MÉNDEZ APENELA (“Comentarios al artículo 165 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 283) considera que tal requisito tiene carácter relativo cuando, por ejemplo, se ignora la situación de uno de los coherederos por estar ausente.

herederos, al distribuir los bienes, habrán de “ajustarse estrictamente a las disposiciones del causante o, en su caso, a las normas de la sucesión legal” (art. 166 LDCG.), en la partija libre aquellos tienen plena libertad de actuación salvo que concurren a ella herederos menores no emancipados o incapacitados debidamente representados (cfr. art. 169 LDCG.)¹⁹³. La referida libertad de actuación se deduce de la dicción literal del artículo 164 de la LDCG. en el cual se establece que los coherederos pueden realizar la partición “de la manera que convengan”¹⁹⁴. Expresión que, a nuestro modo de ver, tiene una doble vertiente: de un lado, significa que los coherederos no

¹⁹³ Tal es, según pone de relieve MÉNDEZ APENELA (“Comentarios al artículo 164 LDCG.” y “Comentarios al artículo 169 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 273-279 y pp. 300-304), la interpretación auténtica del artículo 164 LDCG. que realiza el artículo 169 de la misma ley. Respecto de la libertad de actuación, vid. las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1996 (RJA. nº 1.406) y de 18 de febrero de 1997 (RJA. nº 715).

¹⁹⁴ El artículo 1.058 Cc. recoge tal “libertad de actuación” disponiendo que los herederos “podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”. Asimismo, exige también que, junto con la inexistencia de la partición por testador, éste no haya encomendado a nadie su realización. Exigencia que ha suscitado una viva polémica en el ámbito del Código civil en torno a si los herederos pueden o no partir la herencia prescindiendo del contador-partidor nombrado por el causante. Actualmente es mayoritaria la doctrina que estima que ello puede realizarse, siempre y cuando los herederos sean mayores de edad, tengan plena capacidad, exista acuerdo unánime entre ellos y el testador no haya establecido de modo expreso lo contrario –si así lo establece habrán de acatar la partición hecha por el contador-partidor: vid., por todas, la sentencia de 22 de febrero de 1997 (RJA nº 1.191)–. Sobre esta materia, vid., los argumentos que recoge la sentencia de 20 de octubre de 1992 (RJA. nº 8.090) y el completo estudio de FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE, “Ejecución testamentaria: la prescindibilidad del contador-partidor por parte de los herederos. Nuevo enfoque y perspectivas”, en *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre, 1998, nº 27, pp. 233-437, en especial, las pp. 237-372). En lo que al Derecho gallego se refiere, entendemos que resulta de aplicación la solución a la que llega la jurisprudencia y la doctrina del Código civil. Lo anterior viene confirmado además, para la partija libre, por la dicción literal del artículo 164 LDCG. al establecer que los herederos podrán “distribuir la herencia de la manera que convengan, aunque hubiese partidor nombrado por el causante”. Respecto del requisito de que no exista contador-partidor en la partija de la mayoría, vid. MÉNDEZ APENELA, “Comentarios al artículo 165 LDCG.”, cit., pp. 280 y 281.

tienen por qué someterse a las normas particionales contenidas en los artículos 1.061 y 1.062 del Cc., a los que ya hemos hecho referencia¹⁹⁵; y de otro, supone reconocer que los herederos pueden desatender lo establecido por el testador o testadores –tanto en el aspecto particional como en el institutivo–, aún cuando en materia de sucesiones la voluntad de aquellos sea la norma que rige la sucesión. Si desatienden dicha voluntad en el plano institutivo, tal variación no sería realizada *a título de partición*, sino que, con ocasión de la partición, los coherederos estarían realizando una novación, concluyendo, por tanto, un contrato traslativo entre ellos¹⁹⁶.

Y la segunda diferencia que existe entre la partija libre y la partija de la mayoría viene constituida por la exigencia de unanimidad que, para la realización de la primera de ellas, establece el artículo 164 de la LDCG. En efecto, en la partija libre, los coherederos, aún cuando pueden solicitar la colaboración de terceros para efectuar alguna de las operaciones en que consiste la partición, han de distribuir la herencia, de la manera que convengan, “*por acuerdo unánime*” (art. 164 LDCG.), actuando los sucesores de un heredero muerto como una sola parte (cfr. art. 1.055 Cc.)¹⁹⁷. Esta

¹⁹⁵ Según apunta DE LA CÁMARA en relación con el artículo 1.058 Cc. –afirmación extrapolable al Derecho gallego–, el indicado en el texto es el sentido que primariamente cabe otorgarle a la expresión “*tengan por conveniente*” (cfr. “Comentarios al artículo 1.058 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 2492).

¹⁹⁶ Cfr., en tal sentido, las resoluciones de la DGRN. de 24 de septiembre (RJA. nº 6.598) y de 18 de noviembre de 1998 (RJA. nº 8.537), así como las sentencias de 2 de julio de 1985 (RJA. nº 3.636), de 14 de junio de 1995 (RJA. nº 6.010), de 19 de junio de 1997 (RJA. nº 5.424) y la de 18 de marzo de 1999 (RJA. nº 1.859). Asimismo, vid. la sentencia de 5 de mayo de 2004 (RJA. nº 2.095) en la que la aceptación por los herederos de una partición realizada por un contador-partidor novó otra distribución efectuada con anterioridad por aquellos.

¹⁹⁷ Respecto de la participación del cesionario de cuota, el artículo 170 LDCG. dispone que “*se subroga en lugar*” del coheredero “*en la partija de la herencia*”. En el ámbito del Código civil le reconocen al cesionario la posibilidad de participar en la partición LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 106); y en contra, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (*Derecho hipotecario*, tomo V, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 700 y 701).

exigencia del criterio de la unanimidad para la aprobación de la partija libre tiene el inconveniente de que, al ser necesaria la concurrencia de las voluntades de todos los coherederos, se puede estar dando cabida a voluntades caprichosas o rebeldes de alguno de ellos¹⁹⁸. En cambio, y en parte por ello, respecto de la otra modalidad de partición convencional –la partija de la mayoría– la Ley de Derecho Civil de Galicia no exige la unanimidad para su aprobación –algo similar sucede en el ámbito del Código civil en el artículo 1.080–¹⁹⁹, sino únicamente una determinada mayoría: que la partija sea realizada por “*herederos mayores en edad que representen más del 50 por 100 del haber hereditario y sean dos al menos*”²⁰⁰. Ello se justifica por un doble motivo: por el deseo de evitar voluntades rebeldes o caprichosas por parte de algún heredero, pero también por la necesidad de dar una respuesta satisfactoria a los casos en que uno de los coherederos se encuentra ausente, fundamentalmente, en Galicia, a causa de la emigración²⁰¹. Y es que, si uno

¹⁹⁸ La unanimidad es un requisito en el que la jurisprudencia del Código civil ha venido insistiendo ya desde muy antiguo en numerosas sentencias. A modo de ejemplo, vid. las sentencias de 10 de junio de 1958 (RJA. nº 2.143) y de 9 de mayo de 1968 (RJA. nº 3.721); y, más recientemente, se pronuncia en sentido parecido la sentencia de 12 de julio de 2004 (RJA. nº 4.376). Entre las resoluciones de la DGRN., vid. las de 14 de marzo de 1901 (JC. tomo XCI nº 68), 6 de noviembre de 1912 (JC. tomo CXXV nº 55), 30 de junio de 1915 (JC. tomo CXXXIII nº 135), 27 de febrero de 1922 (JC. tomo CLV nº 74) y la de 10 de enero de 1974 (RJA. nº 3.055).

¹⁹⁹ En particular, el artículo 1.080 Cc. dispone que “*la partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*”. En relación con dicho precepto, vid. el epígrafe 5.4.3.C) del capítulo séptimo del presente trabajo.

²⁰⁰ Los “*herederos*” –en sentido amplio, es decir, incluyendo a los legatarios de parte alícuota– han de representar la mayoría económica de la herencia, que ha de entenderse referida a la masa hereditaria al tiempo de la partición.

²⁰¹ En el mismo sentido, vid. COLINA GAREA, “La partición de la herencia en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Especial referencia a los artículos 165 y 166 LDCG.”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, tomo IV, Universidad de A Coruña, 2000 pp. 116-118, quien sitúa el antecedente de esta institución en el “abandamiento”.

de los coherederos está ausente, la partición ordinariamente permanece bloqueada, con las consiguientes dificultades que ello entraña: administración de herencia, trámites para localizar al heredero ausente o solicitud de la declaración judicial de ausencia, entre otros²⁰².

Examinadas las distintas modalidades de partición convencional o por coherederos que la LDCG. regula –la partija libre y la partija por la mayoría–, a continuación dedicaremos nuestra atención a la partición efectuada por un contador-partidor dativo.

4.5 La partición por contador-partidor dativo

Esta cuarta modalidad de partición que examinamos, regulada por el artículo 1.057 del Código civil y aplicable al ámbito gallego (arg. *ex art.* 3 LDCG.), ha sido introducida por el legislador como un remedio para aquellos supuestos en que no exista acuerdo entre los coherederos. En efecto, el Código civil, siempre y cuando se cumplan los requisitos que a continuación se exponen, concede a los herederos entre los que no hay acuerdo la posibilidad de que recurran al juez para que nombre un contador-partidor dativo que efectúe la partición, en vez de que acudan directamente a la partición judicial²⁰³. El citado precepto establece que “*no habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen al menos el 50% del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que*

²⁰² El carácter no unánime de la partición impide el reconocimiento de su carácter contractual. En tal sentido, COLINA GAREA (*La “partija” entre coherederos que representen la mayoría económica de la herencia*, Tórculo, Santiago, 2000, pp. 44 y ss., en especial pp. 54 y 55), no duda en afirmar que se trata de una partición extrajudicial que podría conceptuarse como un negocio jurídico complejo que genera efectos *ex lege* respecto de las personas que no han intervenido como parte en el mismo.

²⁰³ No en vano la sentencia de 30 de marzo de 1990 (RJA. nº 1.741) reconoce que la finalidad con que se introdujo la partición efectuada por un contador-partidor dativo era aumentar la “posibilidad de evitar o reducir los problemas inherentes a las impugnaciones”.

la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios”²⁰⁴.

Como se deduce del texto del precepto, el nombramiento del contador-partidor dativo por el juez se ha de realizar a través del procedimiento previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para la designación de peritos – arts. 341 y ss. LEC.– y ha de ser solicitado por herederos –voluntarios o forzosos– y legatarios –entendemos que de parte alícuota, pues los de cosa determinada mal van a representar una cuota del haber– que representen al menos el 50% del haber hereditario, una vez deducidas las deudas y las atribuciones singulares²⁰⁵. Junto con lo anterior, para que se pueda solicitar tal nombramiento han de concurrir otros dos requisitos: que no exista testamento –o sea ineficaz–, o de existir, que no contenga nombramiento de contador-partidor o que esté vacante el cargo²⁰⁶. Además, y según establece el artículo 1.057.2 del Código civil, los que soliciten el nombramiento del contador-partidor dativo habrán de citar a los demás interesados si su domicilio fuere conocido. Dentro de tales interesados habrán de entenderse incluidos los

²⁰⁴ Regula también la partición por contador-partidor dativo, la ley 344 del FN. de Navarra.

²⁰⁵ También podrán instar tal nombramiento los cesionarios de los herederos (cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, “Comentarios al artículo 1.057 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1224). Respecto de los legatarios de cosa determinada y de los instituidos *ex certa re*, vid. el resumen de opiniones que realiza DE LA CÁMARA en “Comentarios al artículo 1.057 Cc.”, VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 2488 y 2489.

²⁰⁶ En coherencia con lo dispuesto por el artículo que comentamos, no parece que sea posible solicitar el nombramiento de contador-partidor dativo cuando el mismo testador haya realizado la partición (cfr. art. 157 LDCG. y 1.056 Cc.), haya impuesto la prohibición de dividir, o ésta resulte de un acuerdo entre los coherederos (cfr. art. 1.051 Cc.). En estos dos últimos casos sí se podría solicitar dicho nombramiento tras la finalización de la prohibición o del pacto. De otra parte, en lo que atañe al contador-partidor testamentario, creemos que han de entenderse incluidos en la expresión “*vacante el cargo*” (cfr. art. 1.057.2 Cc.) los supuestos de renuncia, no realización de la partición en tiempo y forma, fallecimiento u otros similares.

acreedores de uno o más coherederos en atención a su interés en saber si las atribuciones que se les han hecho son suficientes o no para el pago de sus deudas (arg. *ex art.* 1.083 Cc.).

Una vez realizados los referidos trámites, el juez procederá al nombramiento de un contador-partidor dativo. Éste –que goza de similares facultades y atribuciones que los contadores-partidores testamentarios– efectuará la partición sin la intervención y sin la asistencia de los herederos y demás partícipes en la herencia²⁰⁷. Tras su realización, el contador-partidor dativo someterá la partición a la aprobación de los herederos y legatarios. Si éstos la aprueban, estaremos ante una partición contractual, y, por tanto, sujeta al régimen propio de este tipo de particiones, no siendo necesaria entonces la aprobación judicial²⁰⁸. Si aquellos no la aprueban, esto es, si los herederos y legatarios no se ponen de acuerdo y no consienten la partición confeccionada por el contador-partidor dativo, resultará imprescindible la aprobación judicial (cfr. art. 1.057.2 Cc.)²⁰⁹.

²⁰⁷ Aún cuando el contador-partidor dativo tenga facultades similares a las del contador-partidor testamentario –las funciones de ambos son de idéntica naturaleza–, no dejan de existir diferencias entre ellos: aquél no goza de la confianza atribuida por el testador a éste (cfr. la sentencia de 30 de marzo de 2004 –RJA. nº 1.975–), no puede delegar su función en otra persona en ningún caso, y tiene, en principio, carácter retribuido. Sobre este extremo, vid., por todos, GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, cit., pp. 103 y 104, en especial la nota 74 y CORBAL FERNÁNDEZ, “Comentarios al artículo 1.057 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2000, p. 567.

²⁰⁸ En tales casos, los herederos sanan los defectos que la partición pudiese tener, a la vez que renuncian a su impugnación por las causas de que en dicho momento tuviesen conocimiento (cfr. BOLÁS ALFONSO, “La partición por el contador partidor. Cuestiones prácticas”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 28, octubre-diciembre, 1998, p. 48). De otro lado, respecto del grado de intervención del juez en la partición efectuada por el contador-partidor dativo no existe unanimidad. Un resumen de las diferentes tesis se contiene en CORBAL FERNÁNDEZ, “Comentarios al artículo 1.057 Cc.”, cit., pp. 568 y 569.

²⁰⁹ El inciso tercero del artículo 1.057 Cc. contiene especificidades para cuando en la partición existe algún heredero –mejor sería utilizar el término “partícipe” pues es más amplio y comprende también al legatario de parte alícuota– “*sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias psíquicas*” –no se incluyen los menores emancipados ni otros asimilados–: en tales supuestos, el contador-

4.6 La partición efectuada por un tercero y la llamada “*partición arbitral*”

Al margen del supuesto anterior, la partición también puede ser realizada por un tercero nombrado por los coherederos, o en ella puede tener cierta intervención un árbitro, nombrado por el mismo testador o por los coherederos.

El primero de los supuestos indicados exige que los coherederos se pongan de acuerdo en encomendar a un tercero la realización de la partición. Una de las ventajas que tiene esta posibilidad reside en que se evitan los conflictos que ordinariamente surgen cuando son los mismos herederos los que efectúan la partición de la herencia. Así, el tercero nombrado por los coherederos –que no es un árbitro en sentido técnico por cuanto que no decide controversia alguna, sino que es un mero arbitrador– se limita únicamente a elaborar la partición de la herencia con sometimiento a las normas legales –p. ej. las establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 Cc.–²¹⁰. Una vez concluida la

partidor habrá de “*inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas*”.

²¹⁰ Sobre la distinción entre un árbitro y un arbitrador, que es la función que efectúa el tercero nombrado por los herederos, vid. GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, cit., pp. 51-61. De forma resumida, cabe afirmar que la función del árbitro consiste en dirimir una controversia jurídica existente –ya sea con arreglo a Derecho, ya según las normas de la equidad, pero teniendo en cuenta, en todo caso, las estipulaciones del contrato y los usos aplicables (cfr. art. 34 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre Arbitraje)–, mientras que un arbitrador complementa una relación jurídica a través de uno de sus elementos que está indeterminado. Junto con esta diferente función, existen otras distinciones en cuanto al procedimiento, forma y efectos de las decisiones de ambos. Así, por ejemplo, la decisión de un árbitro produce el efecto de cosa juzgada y únicamente es recurrible por las tasadas causas previstas en la Ley de Arbitraje (arts. 40 a 43), mientras que la decisión del arbitrador sólo produce efectos obligacionales y puede ser impugnada por un mayor número de motivos que el laudo arbitral (arg. ex art. 1.690 Cc.): por ejemplo, por no atenerse a las normas o instrucciones dadas por las partes (cfr. la sentencia de 10 de marzo de 1986 –RJA. nº 1.168–). Por último, y por lo que se refiere a la diferenciación en la práctica de si las partes quieren nombrar a un tercero como arbitrador o árbitro, según ha indicado Díez-PICAZO (“La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 Cc. Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 1973”, *ADC.*, tomo XXVII-II, abril-junio, 1974, pp. 450 y 451) habrá de estarse,

partición por el tercero, los herederos habrán de aceptarla; momento a partir del cual dicha partición resultará vinculante como cualquier otro contrato (arg. ex arts. 402 y 1.255 Cc.)²¹¹. Desde entonces, la partición efectuada por el tercero producirá efectos y quedará sometida a las normas relativas a la partición contractual. Siendo ello así, la anterior aprobación no constituye obstáculo alguno para que, ulteriormente, los herederos puedan ejercitar las acciones de impugnación que estimen convenientes.

Un supuesto distinto al anterior es el que ha sido mencionado en segundo lugar: la llamada partición arbitral. Decimos la “llamada” partición arbitral pues ésta, como tal, no existe; es decir: la función de un árbitro, como quedó dicho anteriormente, es distinta a la de un tercero-arbitrador, no pudiéndosele encargar directamente a aquél la realización de una partición de herencia a fin de conciliar los intereses de los herederos y evitar los posibles conflictos judiciales. En efecto, la misión de un árbitro, nombrado conforme a lo previsto por la Ley de 23 de diciembre de 2003 de Arbitraje (LA.), no estriba, como decimos, en evitar conflictos –la existencia de éstos es condición ineludible para la figura del árbitro– sino en decidir las controversias que existan (cfr. arts 2 y 9 LA.), en nuestro caso, entre los coherederos en el curso de la división hereditaria²¹². Ante unos conflictos sobre algún aspecto relativo

no a la denominación que se le dé a dicha persona, sino a la naturaleza objetiva de su intervención.

²¹¹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, cit., p. 86 nota 50. Recoge la referida obligatoriedad de aceptar la partición, entre otras, la sentencia de 10 de marzo de 1986 (RJA. nº 1.168). En sentido opuesto se pronuncia CORBAL FERNÁNDEZ (“Comentarios a los artículos 1.058 a 1.060 Cc.”, cit., p. 609).

²¹² El artículo 10 de la LA., permite “*el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*”. Admitiendo que, con fundamento en el antecedente del precepto transcrito (el artículo 7 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 5 de diciembre de 1988), de redacción sustancialmente similar al actual, el arbitraje se extiende también a la interpretación de las disposiciones testamentarias relativas a los conflictos existentes sobre “*la distribución o administración de la herencia*”, vid. CORDÓN MORENO, “Comentarios al artículo 7 de la Ley de Arbitraje”, en VVAA. *Comentario breve de la ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 54-57.

a las operaciones particionales, el árbitro ejercita su función dirimiéndolos y emitiendo un laudo arbitral con el resultado, que deviene vinculante para los interesados en la partición²¹³.

Junto con ello, otra diferencia que tiene esta “modalidad de partición” con respecto a la que hemos expuesto anteriormente –partición por un tercero– estriba en que la existencia de un laudo arbitral con el resultado de la controversia tiene eficacia de cosa juzgada, y, frente a él, sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC. para las sentencias firmes (cfr. art. 43 LA.)²¹⁴.

Así pues, por el cauce indicado se puede concluir que un árbitro, ya esté nombrado por el testador o por los coherederos, puede tener cierta intervención en la partición dirimiendo los conflictos existentes sobre algún aspecto relativo a las operaciones particionales pero no puede ser nombrado para realizar toda la partición²¹⁵.

4.7 La partición judicial

Para terminar este apartado relativo a los distintos tipos de partición, sólo resta hacer una breve alusión a la partición judicial. Modalidad de partición a que se refiere específicamente el artículo 1.059 del Código civil en el que se dispone que “*cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre*

²¹³ Cfr. GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, cit., pp. 87 y ss.

²¹⁴ Ello no impide que, de acuerdo con el artículo 40 de la LA., “*contra un laudo definitivo*” pueda “*ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título*” (arts. 40 a 43).

²¹⁵ Vista la diferencia existente entre árbitro y arbitrador, a estos efectos cabe resaltar que tanto el tercero nombrado por los herederos como el contador-partidor testamentario y el contador-partidor dativo son meros arbitradores y no árbitros. Sobre esta materia, vid. Díez-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 18 a 23 y GARCÍA PÉREZ, *El arbitraje testamentario*, cit., pp. 86 y ss. y 103, entre otras.

el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Al establecer el precepto transcrito que cabe acudir a la vía judicial cuando entre los herederos no exista acuerdo sobre el modo de efectuar la partición, el legislador pone de manifiesto su concepción de esta modalidad de partición como último medio, al que no cabe recurrir cuando exista contador-partidor o cuando el testador haya realizado la partición por sí mismo (arg. *ex arts.* 157 y ss. LDCG. en relación con el 1.059 del Cc.). Por tanto, la partición judicial es la modalidad de partición a la que se acude en último lugar.

Así configurada la partición judicial, resulta importante anotar también que aquélla no constituye un remedio ante una partición hecha: es un medio para efectuar la distribución de bienes cuando está sin hacer porque no hay acuerdo "*sobre el modo de hacer la partición*". En caso de una partición ya hecha lo procedente será ejercitar las acciones de impugnación correspondientes pero no la realización de una partición judicial²¹⁶. Así pues, de lo expuesto se colige que esta modalidad de partición se configura como el último recurso al que cabe acudir cuando no haya acuerdo sobre el modo de hacer la partición, pero no constituye un remedio ante una partición ya hecha.

La regulación de la partición judicial a que nos referimos, materia reformada por la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, está contenida en los artículos 782 y siguientes de la misma, que se agrupan bajo el epígrafe "*de la división de la herencia*". Dicho epígrafe constituye el Capítulo I del Título II cuya rúbrica es: "*de la división judicial de patrimonios*" –el capítulo II contiene la regulación sobre "*el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*"–²¹⁷. Con la actual regulación se simplifican

²¹⁶ Cfr. las sentencias de 9 de marzo de 1961 (RJA. nº 945) y de 9 de abril de 1990 (RJA. nº 2.707). En ocasiones, la aceptación de una acción de impugnación puede llevar consigo la realización de una nueva partición, que sí puede ser efectuada por la autoridad judicial.

²¹⁷ El Capítulo I del Título II de la LEC. contiene tres Secciones dedicadas respectivamente: al procedimiento para la división de la herencia (artículos 782 a 789 LEC.); a la intervención del caudal hereditario cuando no conste la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legítima (artículos 790 a 796 LEC.); y a la administración del

los distintos procedimientos que anteriormente existían para efectuar la partición judicial²¹⁸.

V. LA NATURALEZA SUSTANTIVA DE LA PARTICIÓN. DEFINICIÓN DE LA PARTICIÓN

5.1 Preliminares

Hasta ahora, en el estudio de la partición de la herencia, hemos realizado una primera aproximación a sus caracteres, un examen de las distintas operaciones particionales típicas y nos hemos referido a las diferentes modalidades que existen para efectuar la partición. Dicha tarea quedaría inacabada sin una referencia a la naturaleza del acto particional, cuestión sobre la que no existe unanimidad entre la doctrina, y sobre la que ya se ha apuntado alguna cosa. Así pues, éste será el objetivo del presente apartado: exponer las distintas teorías que han intentado dar una explicación cabal de la naturaleza del acto jurídico denominado partición hereditaria²¹⁹. Tras la

caudal hereditario (artículos 797 a 804 LEC.). En esencia, el procedimiento para la división de la herencia consta de las siguientes fases: convocatoria de la Junta para que designe por acuerdo –si no hay acuerdo, por sorteo– contador y peritos; designación del contador para partir y de los peritos para realizar el avalúo; entrega de la documentación al contador quien tiene obligación de cumplir el encargo aceptado en el plazo fijado por el juez a instancia de parte; y práctica de las operaciones divisorias, tras las que habrá de presentarse un escrito que contenga la relación de los bienes que formen el caudal partible, su avalúo, la liquidación del caudal, su división y la adjudicación a cada uno de los partícipes. Una vez realizado lo anterior, procede la aprobación de las operaciones divisorias –si hay acuerdo– con ejecución de lo acordado y la entrega a cada heredero de los bienes adjudicados y los títulos de propiedad.

²¹⁸ Una clara exposición de los aspectos sustantivos y procesales del procedimiento a seguir para efectuar la partición judicial, con cita de abundante jurisprudencia, ha sido elaborado recientemente por SEOANE SPIEGELBERG en “El procedimiento para la división judicial de la herencia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 499-633.

²¹⁹ La discusión en torno a la naturaleza de la partición puede parecer un tanto bizantina, habida cuenta de la abundante literatura que sobre dicha cuestión existe. Sin embargo, y pese a que algún autor así ha calificado el referido debate (ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio*

exposición de las diferentes tesis y atendiendo a lo hasta ahora expuesto, estaremos en condiciones de ofrecer una definición más completa de la partición de la herencia.

Por lo que a la doctrina que ha estudiado esta cuestión se refiere, cabe afirmar que, básicamente, tres han sido las construcciones elaboradas en torno a la naturaleza de la partición: la *teoría declarativa*, la *teoría traslativa* y la *teoría determinativa*²²⁰. Cada una de ellas cuenta con diferentes argumentos así como decisiones jurisprudenciales que sirven de apoyo a la tesis que se mantiene. Pues bien, antes de detenernos específicamente a analizar cada una de las tres tesis apuntadas, resulta preciso indicar que, en la actualidad, la mayoría de la doctrina –con la que nos alineamos– se inclina por entender que la partición, de modo básico, tiene una *naturaleza determinativa*, esto es, que en la partición se produce una sustitución de la cuota que cada heredero tiene en la sucesión por unos bienes concretos. O dicho en otros términos: en la partición se *determinan* los bienes que le corresponden a cada heredero por la cuota a que ha sido llamado en la sucesión. Del mismo parecer es la jurisprudencia más reciente²²¹.

mortis causa, cit., p. 331), creemos que la determinación de la naturaleza jurídica reviste cierta importancia. En efecto, al margen de que “el interés de la clasificación sistemática exacta de una institución no es otro que el de su conocimiento y su exposición exactas” (cfr. MARTÍN LÓPEZ, “Carácter y efectos de la partición de herencia, *RDP.*, n° 270, marzo, 1936, pp. 81 y 82 citando a IHERING), de una u otra construcción se derivan importantes consecuencias prácticas, relativas, entre otras cosas, al carácter de determinados actos dispositivos y a la protección de los terceros.

²²⁰ Junto con las tres concepciones mayoritarias, existen otras teorías de carácter minoritario y que se desvirtúan con lo expuesto en el texto. Por tal motivo, de entre ellas, únicamente mencionaremos aquí la defendida por CHAMORRO quien considera que la partición no es declarativa ni traslativa ni determinativa sino que constituye un *acto modificativo de la forma o tipo del derecho*: “la partición supone un cambio que, sin tracto o sucesión alguna, se opera en el sujeto o titular” (cfr. CHAMORRO, “Los derechos hereditarios”, cit., p. 339).

²²¹ Cfr., como ejemplo, las sentencias de 3 de febrero de 1982 (RJA. n° 374), 5 de marzo de 1991 (RJA. n° 1.718), 3 de febrero de 1999 (RJA. n° 747), 15 de febrero de 1999 (RJA. n° 1.240), 30 de abril de 1999 (RJA. n° 3.423) y la de 28 de mayo de 2004 (RJA. n° 3.978). Asimismo, y aunque más antiguas, reconocen también la naturaleza determinativa de la

El interrogante al que las tesis indicadas pretende dar respuesta estriba en saber qué es lo que sucede entre dos momentos del proceso sucesorio netamente diferenciados: el inicio y el punto final de la sucesión. En el inicio, cuando se defiere la sucesión, nos encontramos con un llamamiento a unos herederos en función de unas cuotas. Y en el final del proceso sucesorio –una vez realizada la partición, que pone fin o, en su caso, impide el nacimiento de la comunidad hereditaria– la situación es claramente diversa: a cada uno de los herederos se le ha atribuido una serie de bienes concretos (cfr. art. 1.068 Cc.). Explicado pues el núcleo del problema que las distintas tesis tratan de explicar –cómo se opera en la partición el cambio del llamamiento a los herederos en función de cuotas en la atribución exclusiva de bienes concretos– veamos cada una de ellas.

5.2 La tesis traslativa

La primera tesis que vamos a examinar, la *tesis traslativa*, tiene su origen en el Derecho romano y permaneció como única teoría explicativa de la partición hasta el siglo XVI²²². De acuerdo con ella, en la partición se produce una real y efectiva traslación de bienes, constituyendo un verdadero título de dominio. Los partidarios de esta teoría entienden que, en la comunidad hereditaria, cada heredero es titular de un derecho de propiedad sobre cada uno de los bienes en función de la cuota a la que ha sido llamado²²³. Cada

partición las sentencias de 29 de mayo de 1963 (RJA. nº 3.589) y de 27 de noviembre de 1972 (RJA. nº 4.663).

²²² Con todo, no faltó en el Derecho romano algún autor que sostuvo la tesis declarativa (Trebacio, Digesto 33, 2, 31). Sin embargo –apunta MARTÍN LÓPEZ (“Cáncer y efectos de la partición de herencia”, cit., p. 83)– la opinión de Trebacio únicamente se refería a un caso especialísimo de constitución de un usufructo y no fue seguida en la práctica.

²²³ A favor de la tesis traslativa, entre otros, MUCIUS SCAEVOLA (*Código civil*, tomo XVIII, cit., pp. 694 y 695), OGÁYAR Y AYLLÓN (“Naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, *RJC.*, nº 1, enero-febrero, 1957, pp. 30 y 31) y RODRÍGUEZ DEL BARCO (“Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, *RDP.*, nº 55, diciembre, 1971, pp. 1157-1171, y “Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, *RDP.*, nº 57, mayo, 1973, pp. 420-440, en especial las pp. 437 y ss.). En la jurisprudencia, se

bien, por tanto, es objeto de copropiedad de los distintos herederos en función de sus cuotas. En cambio, una vez efectuada la partición y según establece el artículo 1.068 del Código civil, cada uno de los herederos resulta propietario exclusivo de los bienes que hayan sido adjudicados a su lote. Siendo ello así, el paso de la situación de comunidad a la de propiedad exclusiva por parte de cada heredero se explica a través de una cesión recíproca de participaciones indivisas sobre los bienes: el heredero al que en la partición se le adjudica un determinado bien, es propietario exclusivo del mismo puesto que los demás coherederos le han cedido las participaciones indivisas que tenían sobre dicho bien. Y lo mismo hará cada heredero con respecto a las participaciones que tenga sobre los bienes que hayan sido adjudicados a los demás herederos. Como se deduce, de acuerdo con esta teoría, en la partición se produce una permuta de partes indivisas que constituye un acto traslativo: en el acto jurídico de partición se produce un traspaso del dominio sobre las cuotas que cada heredero tiene en los bienes. Si ello es así, cada heredero adquirirá el dominio exclusivo sobre un bien por títulos diferentes: como heredero, en la parte que sobre el bien adjudicado le correspondía desde el principio de la sucesión, y como causahabiente de los demás herederos, en lo que se refiere a las participaciones que éstos le ceden.

Una consecuencia de la presente tesis estriba en que, al reconocerse la existencia de participaciones indivisas sobre los bienes, los actos dispositivos o de gravamen que cada uno de los herederos realice sobre su participación indivisa respecto de un bien concreto serán válidos en todo caso, sin que dependan del resultado de las operaciones particionales. De este modo, el gravamen que durante el período de comunidad establezca un heredero respecto de su participación en un determinado bien, persistirá después de que dicha participación sea transmitida al heredero a quien dicho bien le sea

pronuncian a favor de la tesis traslativa, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1897 (JC. tomo LXXXI nº 117), 16 de abril de 1930 (RJA. nº 865), 25 de enero de 1943 (RJA. nº 21), 12 de febrero de 1944 (RJA. nº 233), 11 de abril de 1953 (RJA. nº 1.262), 13 de marzo de 1954 (RJA. nº 1.982), 10 de noviembre de 1954 (RJA. nº 2.646) y 14 de noviembre de 1958 (RJA. nº 3.790). En el mismo sentido, vid. la resolución de la DGRN. de 22 de diciembre de 1949 (RJA. nº 336).

adjudicado en la partición²²⁴. El principal apoyo de la teoría traslativa que, como se aprecia, tiene evidentes consecuencias prácticas, viene constituido por el artículo 1.068 del Código civil el cual, como sabemos, dispone que: “*la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*”.

5.3 La tesis declarativa

La segunda tesis que hemos destacado –la *tesis declarativa*– surge en Francia en el siglo XVI, con la intención de evitar los resultados faltos de equidad que, en algunos casos, se obtenían por la aplicación de la tesis traslativa²²⁵. En síntesis, esta segunda teoría viene a defender que la partición nada transmite –no es un acto traslativo– sino que únicamente declara la propiedad que cada coheredero tenía respecto de los bienes que le son

²²⁴ Según apunta ROCA SASTRE (“La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?”, cit., pp. 651 y ss.), de la concepción que de la comunidad hereditaria se tenga –romana, germánica o mixta– se deriva la concepción sobre la naturaleza de la partición. Con todo, la anterior no constituye una afirmación unánime en la doctrina. Así, RODRÍGUEZ DEL BARCO (“Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, cit., pp. 421 y 423-425), entre otras razones, argumenta que la indicada relación supone desconocer la distinción existente entre la naturaleza de la partición y sus efectos. Así pues, por ejemplo, para este autor, los efectos de los actos dispositivos que los herederos realicen durante el período de comunidad hereditaria dependen del alcance que les quiera otorgar el legislador y no de la naturaleza de la partición en sí. Al margen de ello, apunta también que la citada afirmación está en desacuerdo con las legislaciones positivas.

²²⁵ La tesis declarativa surgió como respuesta de la jurisprudencia a unas necesidades prácticas existentes, convirtiéndose con posterioridad en una teoría completa. Esta concepción declarativa de la partición, iniciada por Dumoulin y D’Argentré, aceptada por la jurisprudencia francesa ya desde 1569 y de modo específico por la “*Coutume de Paris*” de 1580, fue recogida legalmente por el Código de Napoleón en su artículo 883, a cuyo tenor: “cada heredero se reputa que ha sucedido sólo e inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote, o que se le atribuyen por licitación, y que no ha tenido jamás la propiedad de los otros efectos de la sucesión”. Sobre los orígenes de esta concepción, vid. ROCA SASTRE, “La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?”, cit., pp. 648-650 y MARTÍN LÓPEZ, “Cáncer y efectos de la partición de herencia”, cit., pp. 84 y 85.

adjudicados en ella desde la apertura de la sucesión. La partición viene a ser entonces, un acto material, una operación, o un expediente meramente declarativo, y, por ello, la posición económica de los herederos no cambia: es la misma que tenían antes de la partición. Así pues, en la aplicación de esta tesis se efectúa una ficción: se viene a reconocer que los bienes que son adjudicados al lote de cada heredero en la partición fueron poseídos por él desde el momento de la apertura de la sucesión, sin que, por tanto, haya tenido participación alguna en los bienes que han correspondido a los lotes adjudicados a los demás coherederos. Es decir, los herederos suceden al causante desde el momento de la apertura de su sucesión únicamente en los bienes concretos atribuidos a su lote. Como consecuencia de ello, se retrotraen los efectos de la partición al momento de la apertura de la sucesión, con la consiguiente eliminación del período de indivisión hereditaria.

De acuerdo con la tesis declarativa, los actos dispositivos o de gravamen que realicen los herederos durante el período de indivisión hereditaria tendrán un carácter incierto: si el bien sobre el que se ha realizado el concreto acto dispositivo le es atribuido en la partición al disponente, será válido; de lo contrario, carecerá de validez, pues constituye un acto dispositivo sobre un bien ajeno²²⁶.

²²⁶ Se han pronunciado como partidarios de la tesis declarativa, entre otros, ROCA SASTRE (“La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?”, cit., pp. 641-660, y *RCDI*, nº 58, octubre, 1929, pp. 740-749), OSSORIO MORALES (*RGLJ.*, tomo V –173 de la colección–, mayo, 1943, pp. 562-566, en especial las pp. 565 y 566) y ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 331). El primero de los autores citados sale al paso de los partidarios de la tesis traslativa aduciendo, entre otras cosas, que parten de una base falsa, cual es entender que cada heredero es titular de partes indivisas sobre cada uno de los bienes en función de sus cuotas durante el período de indivisión hereditaria. Además, aporta numerosas resoluciones judiciales y argumentos que, a su parecer, fundamentan el carácter declarativo de la partición. Entre las primeras, a su juicio, corroboran su tesis, las sentencias de 4 de abril de 1905 (JC. tomo CI nº 2) y de 7 de mayo de 1924 (JC. tomo CLXII nº 72) al negar que cada heredero tenga un derecho específico sobre los bienes singulares de la herencia. Y entre los argumentos que recoge cabe destacar los tres siguientes. Primero: al ser la comunidad hereditaria una comunidad *in solidum* no es posible que la partición tenga carácter traslativo. Segundo: los artículos 440, 657, 661, 784, 881 y 989 del Código civil refieren los efectos de la adquisición hereditaria al momento de la muerte del causante. Y tercero: resultan aplicables a la comunidad hereditaria los artículos 399 y 450 del Código civil

5.4 La tesis determinativa

La tercera teoría que vamos a examinar –la *tesis determinativa*– fue elaborada por MARTÍN LÓPEZ en el pasado siglo y se sitúa en un punto intermedio entre las dos anteriores²²⁷. Así, la referida teoría parte del hecho de que la partición no constituye un acto traslativo por cuanto que los herederos ya recibieron la propiedad –de forma global y en comunidad– en el momento del fallecimiento del causante (cfr. art. 657 Cc.). En tal sentido, el término “*confiere*” del artículo 1.068 del Código civil no resulta equivalente al de “*transmite*”, ya que, de lo contrario, sería incompatible, entre otros, con los artículos 657, 661 y 881 del mismo Cuerpo legal. En efecto, lo que realiza la partición es distribuir, concretar los derechos preexistentes. O dicho de otra forma: la partición sustituye las partes alícuotas por cosas concretas. Ello es posible por cuanto que el título traslativo de dominio viene constituido por el testamento, la ley o el pacto sucesorio pero no por el acto particional (arg. ex art. 117 LDCG. –art. 658 en el ámbito del Cc., aunque sólo respecto del testamento y de la ley–): el origen de la atribución individual descansa en la transmisión hereditaria y no en la operación de reparto. Ésta, únicamente viene a completar una situación de derecho más o menos indeterminada convirtiéndola en otra determinada, pero no la origina.

De otro lado, de acuerdo con la tesis determinativa la partición tampoco es un acto meramente declarativo ya que viene a modificar una situación anterior: la de indivisión hereditaria. Así, no parece que existan argumentos suficientes que justifiquen la eliminación de la figura de la comunidad hereditaria, que sería la consecuencia lógica de aplicar la ficción y la

que confirman el carácter declarativo. Junto con las sentencias anteriormente citadas, también parece corroborar la tesis declarativa la de 18 de mayo de 1962 (RJA. nº 2.753), así como las Resoluciones de 21 de febrero de 1923 (JC. tomo CLVIII nº 81), 29 de agosto de 1925 (JC. tomo CLXVII nº 114), y 6 de abril de 1962 (RJA. nº 1.712).

²²⁷ Cfr. MARTÍN LÓPEZ, “Carácter y efectos de la partición de herencia”, cit., pp. 81-96. También es partidario de esta tesis, entre otros, VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 844 y ss.

retroactividad de los efectos de la partición a que se refiere la tesis declarativa. En efecto, junto con el hecho de que la masa hereditaria puede variar durante el período de indivisión, la figura de la comunidad hereditaria constituye una situación que tiene unos perfiles bastante definidos y una utilidad práctica evidente, según hemos podido comprobar. Siendo ello así, los actos dispositivos o de gravamen que hasta el momento de efectuarse la partición se realicen, únicamente serán válidos si cuentan con el consentimiento de los demás herederos²²⁸.

Así las cosas, en la partición ni se transmite nada ni se declara nada. Únicamente se concretan los bienes que corresponden a cada heredero por su cuota: se sustituye la cuota de que eran titulares los coherederos en la sucesión por bienes determinados, sin que sea necesario acudir a la cesión de derechos ni a la aplicación de efectos retroactivos a la partición. En otras palabras: la partición disuelve un estado de indivisión –excepto en caso de partición por testador– y cambia un derecho impreciso por otro preciso y determinado, en lo que al objeto se refiere, y que corresponde al adjudicatario de modo exclusivo (cfr. art. 1.068 Cc.)²²⁹.

²²⁸ Sobre las soluciones jurisprudenciales en caso de no concurrir el consentimiento a que nos referimos en el texto, vid. las sentencias recogidas en la nota nº 30. Por otro lado, como parece evidente, lo expuesto en el texto respecto de los actos dispositivos o de gravamen no resulta totalmente aplicable a los supuestos de partición por testador en los que, como sabemos, la comunidad hereditaria no llega a surgir.

²²⁹ Una tesis similar a la defendida por MARTÍN LÓPEZ es la que sostiene DE BUEN. Este autor considera que la partición no constituye un acto traslativo sino solamente un acto que transforma la propiedad común en propiedad individual (*Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, tomo VIII, Reus, Madrid, 1928, p. 430). En apoyo de tal tesis, se pueden apuntar las siguientes resoluciones: las sentencias de 6 de mayo de 1958 (RJA. nº 1.719), de 9 de octubre de 1962 (RJA. nº 3.608) y de 11 de diciembre de 1964 (RJA. nº 5.822) y las Resoluciones de la DGRN. de 6 de junio de 1911 (JC. tomo CXXI nº 95) y de 3 de febrero de 1959 (RJA. nº 494).

5.5 Conclusión: criterio que se defiende y definición de la partición

A la vista de las diferentes tesis expuestas hasta ahora, es posible deducir lo que sigue: resulta evidente que ni la Ley de Derecho Civil de Galicia ni el Código civil se han pronunciado de forma expresa sobre la naturaleza de la partición hereditaria ya que no existe en ninguno de los citados cuerpos legales artículo alguno donde claramente se establezca dicha naturaleza, similar, por ejemplo, al artículo 883 del Código civil francés. Siendo ello así, cierta doctrina, polarizada en torno a las dos posiciones tradicionales –declarativa y traslativa–, se ha apoyado en distintos preceptos del Código civil para la argumentación de las mismas, lo que resulta posible habida cuenta de la ausencia de una toma de postura del legislador sobre la cuestión. De este modo, en dicho Cuerpo legal se pueden encontrar preceptos que sirven de apoyo a ambas teorías, en un principio, opuestas entre sí. Sobre esta base, la jurisprudencia tampoco ha sido en ocasiones del todo clara –especialmente la de principios del siglo pasado– ya que ha ido resaltando aspectos de la naturaleza de la partición sin elaborar una teoría completa sobre la misma. Buena muestra de ello es que, a veces, una misma resolución ha sido utilizada por los partidarios de las dos teorías citadas en apoyo de sus tesis²³⁰.

²³⁰ Como decimos en el texto, resulta un tanto sorprendente que, en ocasiones, una misma resolución judicial sirva de apoyo para la defensa de tesis opuestas. A modo de ejemplo, ello sucede con la sentencia de 4 de abril de 1905 (JC. tomo CI nº 2), citada en los trabajos de ROCA SASTRE (“La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?”, cit., p. 741) y de OGÁYAR Y AYLLÓN (“Naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, cit., p. 28). El primero de los citados autores entiende que dicha sentencia reconoce el efecto declarativo de la partición, mientras que el segundo autor considera que pone de manifiesto el carácter traslativo de la misma. Esto se puede explicar debido a que en tal sentencia no se elabora una teoría completa sobre la naturaleza de la partición sino que únicamente se señalan algunos aspectos de la misma. Así, ante la falta de una visión completa de esta cuestión, es posible apoyarse en afirmaciones parciales con objeto de defender tesis contrapuestas. Más significativo todavía resulta el hecho de que, según qué trabajo se consulte, un mismo autor sea encuadrado entre los partidarios de una tesis o entre los partidarios de la contraria. Entre otras razones, ello puede deberse a la evolución que han sufrido las opiniones de los mismos –al igual que la jurisprudencia– por razón de la inexistencia de una toma de postura clara del legislador. Así, por ejemplo, para ROCA SASTRE (“La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?”, cit., p. 658), Valverde y Covián son traslativistas, mientras que CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 326) los sitúa entre los partidarios de la tesis declarativa.

Así las cosas, y según hemos avanzado, en nuestra opinión, la partición en tanto acto jurídico que pone fin a la indivisión, tiene naturaleza determinativa: determina, concreta las cuotas hereditarias de cada uno de los herederos²³¹. La partición no transmite ni declara nada: únicamente determina la cuota que cada heredero tiene en la sucesión²³².

²³¹ Lo expuesto en el texto –que la partición tiene naturaleza determinativa– no impide reconocer, de acuerdo con SANCHO, que, examinada la partición desde el prisma de su incardinación en el proceso sucesorio, viene a ser un complemento de la delación. Entonces, y únicamente en este sentido (cfr. SANCHO “Partición de herencia”, cit., p. 497 donde cita las sentencias de 11 de junio de 1897 –JC. tomo LXXXI nº 117–, 29 de enero de 1916 –JC. tomo CXXXV nº 68–, 12 de febrero de 1944 –RJA. nº 233– y 14 de noviembre de 1958 –RJA. nº 3.790– que corroboran su tesis), cabe decir que la partición tiene una naturaleza traslativa, por cuanto que resulta necesario el título particional junto con el testamento, la declaración de herederos o el pacto sucesorio para poder certificar cumplidamente la propiedad. El origen de la atribución descansa en la transmisión hereditaria y no en la operación de reparto: en el título hereditario y no en la partición. Ésta únicamente completa tal atribución, y por ello sólo en ese sentido –no del todo adecuado– cabría reconocerle a la partición naturaleza traslativa. También es de esta opinión VALLET en *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 846 y en “Discurso de investidura de Juan B. Vallet de Goytisolo...”, cit., p. 396.

²³² Expuestas las tres teorías doctrinales que intentan explicar la naturaleza jurídica de la partición –lo que podemos llamar con VALLET, *naturaleza sustantiva* de la partición (cfr. *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 846)–, conviene detenerse, siquiera sea brevemente, a determinar la *naturaleza negocial* o *naturaleza formal* de las distintas modalidades de partición a que nos hemos referido en el presente capítulo. Comenzando por la partición por testador realizada de modo individual, la corriente doctrinal mayoritaria considera que constituye un negocio jurídico unilateral de aquél –la naturaleza negocial de la partición por testador efectuada de modo conjunto será examinada en el capítulo segundo–. Asimismo, similar concepción se mantiene por la doctrina en lo que a la partición por contador-partidor se refiere (cfr. arts. 159 y ss. LDCG. y art. 1.057 en el ámbito del Código civil): es un negocio unilateral, no siendo, por tanto, necesaria la aprobación de los herederos. Éstos, en los supuestos en que realicen por sí mismos la partición, siempre que ello sea posible (cfr. arts. 164 y ss. LDCG. y art. 1.058 en el marco del Código civil), estarán realizando un contrato: la partición tiene entonces carácter plurilateral (vid., *ad ex.*, la sentencia de 2 de noviembre de 1957 –RJA. nº 3.030–). Por último, mientras que la “partición realizada por un árbitro” goza de la naturaleza del laudo arbitral, la partición judicial tiene la categoría de acto judicial, siendo, entonces, la sentencia que pone fin al proceso el título inscribible (vid., por todos, DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y

Sentado lo anterior, y atendiendo a las distintas concepciones que sobre la naturaleza de la partición existen, así como a la diversidad de modalidades a través de las cuales se puede realizar aquélla, se comprende la dificultad que implica dar una definición concluyente del acto jurídico particional²³³. El carácter diferenciado de las distintas modalidades de partición –aun cuando todas respondan a una misma finalidad: distribuir los bienes del causante entre los herederos– dificulta la construcción de una definición omnicompreensiva de la partición hereditaria que recoja las peculiaridades de cada modalidad.

En vista de ello, cabe acudir a la descripción que, con un criterio un tanto amplio, elaboró en su día ROCA SASTRE: la partición sería entonces un “acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza determinativa, compuesto de un conjunto ordenado de operaciones, verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho y de derecho, y en el cual, después de determinarse el activo y el pasivo de la masa hereditaria y de proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados (dominio o propiedad exclusiva u ordinaria)”²³⁴.

CAPITANT, tomo VIII, cit., p. 431, quien además reconoce que la aprobación judicial no cambia la naturaleza del acto, y CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 324).

²³³ Con todo, es preciso no olvidar que, como entiende MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., p. 606), se le pueden conceder dos sentidos al término “partición”: uno amplio, que comprende todas las operaciones a que da lugar la sucesión de una persona; y otro más estricto, que hace referencia a la operación por medio de la cual se pone término a la indivisión de una sucesión, distribuyendo el caudal hereditario, una vez liquidado, entre los herederos y legatarios de parte alícuota.

²³⁴ ROCA SASTRE, “Partición de herencia por actos *inter vivos*”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 371, publicado posteriormente en *Estudios sobre Sucesiones*, tomo II, IDE., Madrid, 1981, pp. 387-414

(respecto de la definición elaborada por dicho autor, hemos cambiado los términos “naturaleza declarativa” por “naturaleza determinativa” al parecernos más adecuada a la realidad de la partición). Por su parte, ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 331) define la partición en sentido amplio indicando que es un “negocio jurídico uni o plurilateral, según los casos, que, como resultado unitario de una serie de operaciones jurídico-matemáticas, liquida una herencia y pone fin a la comunidad de coherederos, mediante la distribución entre ellos de las titularidades contenidas en el acervo hereditario”.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PARTICIÓN CONJUNTA. DELIMITACIÓN Y CARACTERES

I. PRELIMINARES

Expuestas las nociones generales sobre la partición de la herencia, las operaciones que conlleva y las diferentes modalidades para poder efectuarla, en este capítulo nos centraremos específicamente en el objeto de estudio, la partija conjunta: la partición que, en el ámbito del Derecho civil gallego, pueden efectuar de modo conjunto los cónyuges testadores estableciendo el modo en que se habrán de distribuir sus bienes tras su fallecimiento.

En los siguientes apartados trataremos de perfilar los contornos de la figura de la partición por testador realizada de forma conjunta. Para ello, examinaremos sus caracteres, las ventajas que este tipo de partición presenta respecto del resto de formas de partir ya examinadas, su fundamento y las distintas modalidades de partición conjunta existentes en la actualidad. Delimitada la figura a examinar, y antes de proceder en los siguientes capítulos al estudio de sus presupuestos, sus elementos personales, formales y objetivos, así como otras cuestiones sobre la misma, nos detendremos a analizar si la partición conjunta tiene encaje en el Código civil; esto es, si resulta posible realizarla al amparo de éste, aún a pesar de que en dicho Cuerpo legal no tenga regulación expresa. Tras ello, terminaremos con una referencia al criterio jurisprudencial relativo a la partición conjunta y una breve alusión a otras figuras alternativas a la misma, con las que se pueden obtener efectos en cierto modo parecidos a los que se pueden conseguir con aquélla. Comencemos, pues, con la delimitación de esta modalidad de partición.

II. FUNDAMENTO DE LA PARTIJA CONJUNTA. LA SUBSIDIARIEDAD DEL RESTO DE MODALIDADES DE PARTIR

El acto por el que los cónyuges testadores efectúan, en un mismo documento, la distribución de los bienes a fin de rellenar las cuotas en que, a su muerte, sucederán los herederos, impidiendo así el surgimiento de la comunidad hereditaria, constituye lo que conocemos como partición conjunta. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el resto de modalidades de partición, en ésta, no es un tercero quien hace la asignación de bienes sino los

propios testadores por sí mismos. Así, en este tipo de partición existe identidad entre las personas que instituyen y las que parten. En efecto, los cónyuges, respetando siempre los límites que impone la ley, no sólo instituyen y disponen *mortis causa* de sus bienes, sino que además determinan qué bienes concretos corresponderán a cada uno de los que han instituido como herederos²³⁵.

Que sean los mismos testadores los que, además de disponer e instituir a los herederos en partes de la herencia –en cuotas determinadas de su haber hereditario–, concreten los bienes específicos con que cubrir esas cuotas resulta una consecuencia lógica de su condición de titulares de ciertos derechos. Como reza el aforismo: *quien puede lo más puede lo menos*. Por tanto, si se tiene en cuenta que el causante puede designar a las personas que le sucederán –se subrogarán en su posición–, parece lógico deducir que también tendrá la facultad de concretar en qué bienes y derechos lo hará cada una de ellas²³⁶.

Por el cauce expresado se concluye que en la partición por testador efectuada de modo conjunto, el fundamento de la facultad particional es el

²³⁵ Como explica MUCIUS SCAEVOLA con gran claridad: así como el testador puede disponer “de sus bienes *mortis causa* en favor de las personas que estime más conveniente (..) puede asimismo señalar los objetos, elegir los bienes con que quiera hacer merced a sus herederos y legatarios” (*Código Civil*, tomo XVIII, cit., p. 398).

²³⁶ A este respecto, MANRESA afirma que “el testador es el dueño de los bienes, y así como tiene el incuestionable derecho de transmitirlos en globo o indeterminadamente a los que designa como sus sucesores, no puede negársele que realice esa transmisión de un modo determinado, dando o asignando a cada heredero bienes señalados o concretos, marque o no previamente las cuotas a que se amolda la distribución. Esta facultad no es excepcional en un ascendiente ni en testador alguno” (*Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., pp. 634 y 635). De otro lado, DE DIEGO (“Consulta: Disolución de la sociedad de gananciales. ¿La implica la escritura en que los propios cónyuges, por acto *inter vivos*, dividen sus bienes conforme al artículo 1.057 del Cc. a favor de los hijos comunes?”, *RDP.*, tomo XI, nº 134, noviembre, 1924, p. 347) considera que la facultad de partir de que goza el testador o testadores es de Derecho natural “en el sentido de que completa la facultad de testar que es un derecho de la personalidad humana”.

mismo que el de la facultad testamentaria²³⁷. La titularidad y el poder de disposición sobre los bienes y derechos propios fundamentan tanto la facultad de disponer y ordenar la sucesión para después del fallecimiento, como la de concretar las cosas, bienes y derechos determinados en que sucederán cada uno de los herederos instituidos²³⁸.

También hay que resaltar que si los cónyuges testadores realizan la partición por sí mismos distribuyendo los bienes del caudal hereditario, excluyen el juego de las demás clases de partición. La partición convencional o la judicial entran en juego en caso de que no exista una partición realizada por el testador, ya sea individual, ya conjunta. En efecto, según establece el artículo 164 de la Ley de Derecho Civil de Galicia que regula la partija libre, ésta se puede realizar “*cuando el testador no hiciese la partija...*” –expresión que ha de entenderse referida tanto a la partición individual de un testador como a la partición realizada de forma conjunta–. El mismo principio de subsidiariedad cabe aplicar a la partija regulada en el artículo 165 de la LDCG.: para que la partija convencional realizada por la mayoría de los coherederos –“*partija de la mayoría*”– pueda entrar en juego, resulta preciso que el testador no haya hecho por sí mismo la partición. Y, en lo que a la partición judicial se refiere, el artículo 1.059 Cc. –aplicable al Derecho gallego (arg. *ex art.* 3 LDCG.)– establece la subsidiariedad de dicha partición respecto de la realizada por los coherederos, y, por tanto, respecto de la partición realizada por el testador. Así, según el citado precepto, la partición judicial puede tener lugar “*cuando los herederos no se entendieren sobre el modo de hacer la partición*” en cuyo caso “*quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil*”²³⁹.

²³⁷ Cfr. SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 519. La afirmación contenida en el texto también es referible a la partición por testador efectuada de modo individual.

²³⁸ A pesar de que en el caso que comentamos la titularidad de las relaciones jurídicas es el fundamento de la facultad particional, la figura de la partición puede ser regulada por los distintos ordenamientos jurídicos con diferente amplitud; así, por ejemplo: en algunos casos estableciendo límites y condiciones; en otros, generalizando su ejercicio a cualquier causante, sin más requisitos.

III. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA PARTICIÓN CONJUNTA

3.1 Preliminar

Delimitada la figura que comentamos y una vez apuntado su fundamento, en el presente epígrafe examinaremos las ventajas e inconvenientes que, frente a las otras modalidades de partición estudiadas, tiene la partición realizada por los cónyuges de forma conjunta. A tal efecto, puede ser ilustrativo lo reconocido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272)

²³⁹ Como es conocido, los testadores pueden efectuar la partición de sus bienes o dar únicamente unas normas particionales –no constituyen en sentido estricto una partición– que resultan de obligatorio cumplimiento (arg. *ex* art. 786 LEC.) para las personas que efectivamente realicen la partición: el contador-partidor o los herederos (vid. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 199 y la sentencia de 27 de noviembre de 1961 –RJA. nº 4.125–). La diferenciación de tales supuestos en ocasiones no resulta sencilla, y se hace necesario acudir a la interpretación de la voluntad del testador (vid. VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 892 y ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 140) y a algunos criterios elaborados por la doctrina. Un indicio que permite distinguir ambas figuras consiste en indagar los efectos queridos por los testadores. Si del testamento o de la partición se deduce que su voluntad es que los bienes pasen inmediatamente al dominio de los herederos tras su fallecimiento, estaremos ante unas adjudicaciones de bienes y no unas meras normas particionales, una vez descartada la posibilidad de que se trate de un legado de cosa determinada (cfr. art. 882 Cc.). Tales adjudicaciones eliminan la hipotética comunidad hereditaria, a diferencia de lo que sucede cuando los testadores dictan unas normas particionales. Otro criterio para diferenciar tales supuestos reside en examinar si los testadores han nombrado un contador-partidor y con qué extensión. Si han encomendado a un contador-partidor la realización de las operaciones particionales, parece más probable que las indicaciones de aquellos constituyan meras instrucciones y no unas adjudicaciones verdaderamente partitivas (respecto de la adscripción de determinados bienes sin que se efectúe una verdadera partición, vid. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 195; VALLET, “Comentarios al artículo 1.079 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 577 y las sentencias de 25 de enero de 1971 –RJA. nº 288–, de 8 de marzo de 1989 –RJA. nº 2.023– y de 24 de enero de 2003 –RJA. nº 1.995–). Sin embargo, si el cometido del contador-partidor se limita a la distribución del remanente de los bienes tras realizar los testadores algunas adjudicaciones, parece más lógico que éstas constituyan unas verdaderas adjudicaciones particionales y no meras instrucciones para el contador-partidor.

respecto de la partición por testador realizada de modo individual y que resulta perfectamente aplicable a la partición efectuada de modo conjunto. En el considerando segundo de la citada sentencia se afirma que “...las legislaciones, para proveer a necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admiten la posibilidad de que los testadores todos, o cuando menos, los ascendientes, realicen por sí mismos la distribución y partición de los bienes, entre sus herederos...”.

De entrada, y según se deduce de lo anterior, la partición por testador, en cualquiera de sus dos modalidades, provee a las necesidades de la familia, pues los testadores son quienes mejor conocen a las personas que han de sucederles –sus aptitudes o sus necesidades, por ejemplo–; tiene ventajas prácticas, ya que los testadores, al determinar por sí mismos los bienes, soslayan posibles disensiones familiares que atentarían contra la unidad familiar, además de que también pueden evitar que se desaproveche la utilidad de los bienes; de igual forma, este tipo de partición responde a anhelos muy legítimos, ya que a efectos de la valoración extrapatrimonial –por el contenido afectivo de los bienes, por ejemplo–, los testadores están en una posición que no tiene comparación ni con la situación de un contador-partidor ni con la de los mismos herederos.

No obstante lo anterior, a la partición conjunta también se le han achacado, entre otras cosas, que es una figura que, dado su carácter *mortis causa*, no garantiza la estabilidad deseable por los intervinientes, a la vez que frente a la lesión particional ofrece menos seguridades que otras modalidades de partición. Por esta razón, examinaremos los inconvenientes que presenta esta figura y, después, ponderaremos sus ventajas más notables, analizando las posibles vías para atajar las desventajas que se le achacan.

3.2 Los inconvenientes de la partición conjunta

Comenzando por las desventajas, nos referiremos a algunos de los inconvenientes que, frente a otras modalidades de partición, presenta la efectuada por los cónyuges testadores. En concreto, junto con los dos ya avanzados relativos a la lesión y al carácter provisional de la partición, consideraremos también los que se derivan de una eventual variación del patrimonio hereditario o del posible desconocimiento del valor cuantitativo o cualitativo de los bienes por parte de los testadores. Comenzando por estos últimos, veamos cada uno de ellos de forma separada.

a) En primer lugar cabe referirse a la desventaja derivada de una eventual variación del patrimonio hereditario. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, resulta bastante improbable que el caudal hereditario permanezca tal y como lo concibieron los testadores al elaborar la partija²⁴⁰. En efecto, desde el momento en que aquellos proyectaron el reparto de sus patrimonios hasta su fallecimiento y consiguiente apertura de la sucesión (cfr. art. 657 Cc.), es relativamente fácil que se produzcan modificaciones en el haber hereditario, salvo que medie un lapso de tiempo extraordinariamente breve que impida las variaciones, que, por lo general, no es lo frecuente. Así, por ejemplo, es posible que se incremente el valor de determinados bienes –por ejemplo, a causa de una recalificación urbanística–, pudiendo producir menoscabo a las porciones en que los causantes instituyeron a los herederos, o que desaparezcan elementos integrantes del haber, incluso por actos dispositivos de los propios causantes. Cuando ello ocurre, la partija conjunta conseguirá su objetivo de forma parcial, pudiendo dar lugar en algunos casos a soluciones correctoras tales como la rescisión por lesión, en los términos que a continuación veremos, (cfr. art. 158 LDCG. y arts. 1.074 y 1.075 Cc.) o a la modificación o adición de dicha partija (cfr. art. 1.079 Cc.).

²⁴⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, “La partición hecha por el testador”, cit., p. 230 y LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 192.

b) En segundo lugar, también puede ser un inconveniente de este tipo de partición el eventual desconocimiento del valor cuantitativo o cualitativo de los bienes. Que los testadores no conozcan su patrimonio con exactitud puede venir motivado por proceder parte de él, por ejemplo, de llamamientos hereditarios donde no se ha llevado a cabo la partición, por desconocer las valoraciones reales de los bienes o por ignorar los testadores, casados bajo el régimen de sociedad de gananciales, los bienes que al término de la sociedad les corresponderán a cada uno (cfr. art. 1.344 Cc.). Este eventual desconocimiento a que nos referimos puede ser justificado si se tiene en cuenta que la composición del patrimonio sobre el que los testadores realizan la partición puede verse alterada hasta el momento de su fallecimiento.

c) Una tercera desventaja que cabe destacar en la partición realizada por los testadores de forma conjunta frente a otros tipos de partición estriba en que ofrece menos seguridades contra la lesión particional. Según se establece para todas las modalidades de partición en el artículo 1.074 del Código civil, éstas pueden ser rescindidas “*por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*”. Sin embargo, en el caso de que la partición haya sido realizada por el mismo testador, el artículo 158 de la Ley de Derecho Civil de Galicia no permite la rescisión por lesión al disponer que “*la partición hecha por el testador o por los cónyuges testadores será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación atribuida en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima*”²⁴¹. Ello es así, salvo que conste la voluntad de los testadores –“*aparezca, o racionalmente se presuma*” (cfr. art. 1.075 Cc. aplicable a la partición conjunta ex art. 3 LDCG.)– de permitir la rescindibilidad de la partición por causa de lesión²⁴².

²⁴¹ Como veremos en el capítulo séptimo, el artículo 158.1 LDCG. constituye una norma general y el artículo 157.3 LDCG. una norma especial. Valga por tanto lo señalado en el texto a la espera del análisis detallado que efectuaremos entonces.

²⁴² En el ámbito del Código civil, el artículo 1.075 también permite la rescisión por lesión de la partición por testador si se prueba que perjudica “*la legítima de los herederos forzosos (..)*”. Sobre la relación existente entre los artículos 158.1 de la LDCG. y el artículo 1.075 Cc., vid. el capítulo séptimo de este trabajo.

Junto con esta limitación, aplicable a la partición por testador en los términos que han sido expuestos y derivada de su no rescindibilidad por causa de lesión, la diferencia temporal que existe entre la confección de la partición y su ejecución facilita que haya una mayor posibilidad de que se produzcan lesiones. Circunstancia que puede verse agravada por el hecho de que, en la partija realizada por los testadores, no intervienen los eventualmente llamados al objeto de defender sus derechos y evitar que aquéllas se produzcan, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la partija realizada por los mismos coherederos (cfr. arts. 164 y ss. LDCG.).

d) Otro inconveniente que cabe reconocer a la partición por testador realizada de modo conjunto –también a la realizada de modo individual–, ya se efectúe en el marco de un testamento o en otro documento no testamentario, es su “provisionalidad”. En otros términos: aun cuando la distribución particional de los bienes realizada por los cónyuges se pueda completar con una serie de pactos para garantizar su efectividad, al ser la partición un acto esencialmente revocable puede ser modificado en cualquier momento, por lo que cabe afirmar que tal partición carece de la seguridad deseable por los intervinientes²⁴³. En efecto, la partición no goza de irrevocabilidad; no es algo definitivo, y, por tanto, siempre queda a expensas de la variación de la voluntad de los otorgantes²⁴⁴.

3.3 Las ventajas de la partición conjunta

Expuestos los inconvenientes que presenta la partición por testador, a continuación, y al margen de lo que a lo largo del trabajo se dirá,

²⁴³ La revocabilidad de la partición conjunta se deriva de su carácter *mortis causa* y de última voluntad.

²⁴⁴ Junto con el margen de “inseguridad” que ofrece la partija conjunta ha de reseñarse que cuando se realiza ante Notario tiene unos costes adicionales. Esto facilita que la gente no acuda a esta modalidad de partición ya que no se entiende bien que haya de pagarse unos costes –proporcionales al importe de las herencias– por un acto que no goza de carácter irrevocable y que depende en todo momento, por lo menos, de la voluntad de los otorgantes.

desarrollaremos algunas de sus ventajas significativas cuando es realizada de forma conjunta por los testadores. En concreto, nos referiremos a las siguientes: la partición evita la atomización de los bienes y las posibles disensiones familiares, permite conocer de modo fidedigno la voluntad de los testadores, y constituye un buen instrumento para sortear algunas de las dificultades que el régimen de sociedad de gananciales plantea en relación con la partición.

a) En primer lugar, la partición realizada por los testadores evita la atomización de los bienes. En efecto, cuando la partición de la herencia es realizada por la autoridad judicial (cfr. art. 1.059 Cc.) o por un contador-partidor nombrado por el testador (cfr. art. 159 LDCG.), ésta habrá de efectuarse con sujeción, en la medida de lo posible, a la regla establecida en el artículo 1.061 del Código civil, según la cual habrá de buscarse la igualdad en la distribución “*haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie*”. Si se cumple lo establecido por dicho precepto, es relativamente sencillo que la distribución resultante sea uniforme e igualitaria. Sin embargo, estas distribuciones uniformes en las que se busca una “exactitud matemática” pueden traer consigo, en ocasiones, una verdadera atomización de los bienes y derechos que puede ser perjudicial para los herederos. De este modo, a causa de la exagerada división del patrimonio hereditario, se podría producir una situación de “igualdad –en– de la miseria”²⁴⁵. Situación que, además de ser fuente de problemas, supondría un menoscabo a la utilidad de los bienes o derechos. En cambio, según hemos comprobado, cuando los que distribuyen los bienes del patrimonio son los mismos cónyuges testadores, no han de someterse necesariamente a la regla del artículo 1.061 del Cc. Así, pueden evitar que la división de bienes y derechos sea desmesurada, como resultado de pretender una igualdad matemática.

b) En segundo lugar, se debe resaltar que, cuando son los mismos cónyuges testadores los que realizan la partición de la herencia, se pueden evitar disensiones familiares. Sobre este extremo se ha escrito que la partición

²⁴⁵ VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, cit., p. 569 citando a BLONDEL.

es “entre toda clase de actos (..) el que, al llevarse a efecto, somete a más dura prueba la paz y la concordia de la familia y perturba en el más alto grado las relaciones y afecciones domésticas”²⁴⁶. En efecto, no deja de ser cierto que, cuando se abre la sucesión del causante y se procede a la partición, las relaciones familiares fácilmente se pueden ver mediatizadas por los conflictos de intereses que surgen con ocasión de la distribución: pueden aparecer entonces disputas enconadas sobre las valoraciones de los bienes, tanto reales como afectivas; surgen los deseos de poseer determinados bienes que forman parte del haber hereditario; o, en fin, se suelen originar problemas relacionados con la rendición de cuentas de una herencia que está en administración. Y así, pueden surgir criterios irreconciliables que posiblemente acabarán en la partición judicial: según dispone el artículo 1.059 Cc. se puede acudir a ella “*cuando los herederos (..) no se entendieren sobre el modo de hacer la partición...*”. En tal caso, será el juez quien, como tercero imparcial investido de autoridad, y sin conocer, por tanto, las necesidades y aptitudes de cada coheredero, distribuya los bienes de la forma más equitativa posible. Cuando esto ocurre, podrá conseguirse una igualdad conciliadora de los problemas aunque a un costo muy alto: a través del proceso judicial se le dará publicidad a los bienes y a las relaciones familiares; los gastos derivados del sometimiento a un proceso público disminuirán el caudal hereditario; y se impondrá una división matemática siguiendo un criterio abstracto y sin tener en cuenta las condiciones personales de los herederos. Pues bien, aun cuando las posibles disensiones familiares no se eviten en todo caso, muchos de los inconvenientes expuestos pueden eludirse si son los propios testadores los que hacen la distribución. Éstos podrán darle a cada heredero lo que sea más conveniente para él desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo²⁴⁷.

²⁴⁶ LOSANA, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, 2ª edición, Torino, 1911, p. 706, citado en BELOTTI, *La divisione dell'ascendente*, CEDAM, Casa editrice Dott. A. Milani, Padova, 1933, p. 3, y en MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., p. 633. En el mismo sentido, se pronuncia GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto *inter vivos*”, *RDP.*, tomo XXXVIII, nº 447, junio, 1954, p. 495.

²⁴⁷ Especial importancia tiene lo que se indica en el texto en los casos en que la herencia contenga bienes de gran valor afectivo, con independencia de su valor económico. El tercero

c) En tercer lugar, se puede afirmar que la realización de este tipo de partición permite conocer de modo fidedigno la voluntad de los causantes. En efecto, los testadores especifican su voluntad al realizar la partición, ya que, junto con las cuotas de institución, determinan las cosas concretas que corresponderán a cada coheredero. La partición será así la expresión más acabada de la norma que debe regir su sucesión, evitándose, además, posibles discusiones interminables acerca de la interpretación de cláusulas ambiguas contenidas en el testamento. En la medida en que la partición esté bien realizada, por especificar la voluntad dispositiva, se podrán omitir muchos conflictos interpretativos. Y ello porque, en el caso que examinamos, las personas que disponen son las mismas que interpretan lo dispuesto y lo hacen efectivo aplicándolo al caso concreto, teniendo en cuenta las personas y los bienes de que se trata. Así, no se da la duplicidad que existe en otras modalidades de partición en las que la persona que dispone e instituye –el testador– es distinta de la que lleva a la práctica y concreta la institución en cada caso: el contador-partidor o los coherederos, por ejemplo²⁴⁸. En el supuesto de la partición conjunta, al realizar los mismos cónyuges la partición, habrá una mayor seguridad en que la voluntad real de éstos se cumplirá eficazmente a su fallecimiento y en que la distribución realizada coincidirá con la originalmente querida por los causantes.

En suma, con la partición realizada por los testadores de forma conjunta se cumple el triple fin que algún autor ha propuesto en materia de particiones:

imparcial encargado de partir dicha herencia puede producir desavenencias entre los herederos por desconocer las circunstancias personales de cada uno y la entidad extrapatrimonial de los bienes.

²⁴⁸ De forma singularmente acertada explica SÁNCHEZ ROMÁN la realidad a que hacemos referencia en el texto cuando escribe que “la norma que rige la división de una herencia es la última voluntad que mediante ella se trata de ejecutar, y la voluntad ha de ser bien conocida y fielmente interpretada; y nada cumple mejor estas dos condiciones y la consiguiente nota de autenticidad, como el propio testador, autor de la misma, porque de este modo no se separa, como en los demás casos, el pensamiento del acto o el propósito del resultado” (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 1986).

“moral, jurídico y económico”²⁴⁹. Moral, pues al realizar los testadores la distribución adecuan los bienes que integran sus patrimonios a las necesidades de los herederos, sin tener que someterse a la regla contenida en el artículo 1.061 del Código civil. Jurídico, puesto que, en la medida en que la partija esté bien realizada, se evitan los conflictos de interpretación de la voluntad testamentaria, haciendo innecesaria entonces la intervención judicial. Y económico, ya que los testadores, como primeros interesados en el fomento de su caudal, al hacer el reparto de sus bienes tratarán de evitar las consecuencias antieconómicas que tienen tanto la atomización de los bienes como la indivisión hereditaria.

d) Una última ventaja de la partición conjunta consiste en que, como veremos, permite sortear en cierto modo las dificultades que, en orden a la posibilidad de realizar la partición, plantea la existencia del régimen matrimonial de sociedad de gananciales, que es el régimen supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales en las que se establezca otra cosa o cuando éstas sean ineficaces (cfr. art. 112 LDCG.)²⁵⁰. En efecto, como es conocido, en principio, para poder partir bienes gananciales resulta necesario efectuar la liquidación del régimen para determinar los bienes de dicho carácter que corresponden a cada uno de los cónyuges (cfr. arts. 1.344 y 1.396 Cc.). Tal liquidación se realiza tras la disolución del régimen, que, al margen de otros casos regulados en los artículos 1.392 y 1.393 Cc., tiene lugar cuando uno de los cónyuges fallece (cfr. art. 1.396 en relación con el art. 85 Cc.). En tal

²⁴⁹ GÓMEZ MORÁN, “Testamento-partición”, *RCDI.*, tomo XXII, nº 257, octubre, 1949, pp. 606 y 607.

²⁵⁰ El artículo 112 LDCG. dispone que “*el régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será el de la sociedad de gananciales*”. Por lo que se refiere al Código civil, el artículo 1.316 establece también que el régimen de gananciales tiene carácter supletorio en todo el territorio español. Constituye una excepción Cataluña (vid. el artículo 10 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña) y Baleares (vid. arts. 3, 65 y 67 de la CDC. de Baleares). Sobre el carácter repetitivo del artículo 112 LDCG. y su relación con la distribución de competencias, vid. LETE DEL RÍO, “El régimen económico familiar. Capitulaciones matrimoniales”, en *VVAA., Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, pp. 181 y ss.

supuesto y a salvo lo establecido en el artículo 1.380 Cc., en principio, los cónyuges únicamente podrán disponer *mortis causa* de forma unilateral de sus bienes privativos y de su mitad ganancial de forma genérica (cfr. art. 1.379 Cc.). De esta manera, solamente podrían realizar la partija respecto de los bienes de carácter privativo pero no respecto de los bienes gananciales concretos que le habrán de corresponder a su haber en la liquidación. Pues bien, el citado inconveniente se puede soslayar con la partija conjunta²⁵¹. Y es que, según tendremos ocasión de comprobar, los cónyuges pueden efectuar, en o fuera de ella, una liquidación provisional de la sociedad de gananciales, con efectos desde luego para el momento de la muerte, que les permite conocer de modo provisional los bienes que les corresponderán al finalizar el régimen.

3.4 Conclusión

Tras la exposición de las ventajas y desventajas de la partición conjunta, cabe concluir afirmando que, a pesar de los inconvenientes que puede presentar la figura que comentamos, parece recomendable este modo de realizar la partija. Y ello, entre otras razones, porque a través de este tipo de partija se resuelven algunos de los problemas que también se plantean en otras particiones, a los que no se consigue dar una solución adecuada: con esta partición se evita la atomización de los bienes y las disensiones familiares, se puede tener más en cuenta las necesidades y aptitudes de cada heredero y se permite conocer de modo fidedigno la voluntad concreta de los testadores.

Además, los inconvenientes examinados a que puede dar lugar esta modalidad de partija –algunos de los cuales también pueden tener lugar en el resto de las modalidades de partición– son superables a través de determinadas fórmulas. Así, para minimizar las consecuencias de las eventuales alteraciones del patrimonio hereditario, los testadores pueden efectuar una partición adicional con los nuevos bienes adquiridos (cfr. art. 1.079 Cc.) o una distribución alternativa de los bienes para el supuesto en que alguno de los primeramente distribuidos desaparezca; o, en fin, pueden

²⁵¹ Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 157.2 LDCG.”, cit., p. 237.

establecer compensaciones en metálico. El posible desconocimiento del valor cuantitativo o cualitativo de los bienes puede ser subsanado a través de la realización de una tasación de los mismos y a través de la llamada liquidación *provisional* de la sociedad de gananciales que examinaremos en el capítulo quinto. Y, por último, respecto de la menor seguridad que la partición conjunta ofrece frente a la lesión particional y del carácter no definitivo de la misma, cabe adelantar que los testadores pueden eliminar la primera declarando rescindible por lesión la partición y pueden limitar los efectos de la segunda a través del uso de cláusulas correspectivas.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA PARTICIÓN CONJUNTA

4.1 Preliminares

Hasta aquí hemos procedido a una delimitación genérica de qué sea la partición conjunta –la distribución de los bienes del patrimonio de los cónyuges realizada por ellos mismos–, y hemos resaltado las ventajas e inconvenientes que tiene dicha figura. Ahora, tomando como punto de partida lo dispuesto por el artículo 157.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, de lo que se trata es de examinar los requisitos y los presupuestos de esta modalidad de partición por testador. Ello resulta posible, a pesar de que el citado artículo, dedicado específicamente a la partija conjunta, no contenga una definición de lo que sea la misma. Como sabemos, el artículo 157.2 LDCG. únicamente establece que “*los cónyuges pueden partir conjuntamente en un solo documento aunque testasen por separado*”.

Aun cuando el precepto transcrito no contenga una definición de la partición conjunta, sí permite determinar, por un lado, un presupuesto ineludible de este tipo de partición –la existencia de un testamento–, y por otro, algunas características específicas de la misma. En efecto, en dicha norma se faculta a los cónyuges para partir de modo conjunto “*aunque testasen por separado*”, a la vez que se hace referencia a dos aspectos diferentes de la figura que tratamos: se señala la dimensión formal de la partija conjunta –“*en un solo documento*”– y se alude a la dimensión sustantiva de la misma –“*conjuntamente*”–. Pues bien, en los siguientes

epígrafes analizaremos de forma independiente tanto el presupuesto a que nos hemos referido –la existencia de testamento– como las notas peculiares de la partición conjunta reseñadas: la conjuntividad sustantiva y formal.

4.2 Presupuesto: la necesidad de testamento

De entre las diversas formas de deferir la sucesión recogidas por la LDCG. a través de las que se instituye y dispone, directa o indirectamente, del patrimonio de una persona –por la voluntad del hombre manifestada en testamento, por la disposición de la ley, y por los pactos sucesorios regulados en la LDCG. (cfr. art. 117)–, a efectos de la partición conjunta, el testamento se erige en figura imprescindible. Las posibilidades de institución a que se refiere el artículo 117 LDCG. son limitadas por el artículo 157 de la misma Ley únicamente al primer supuesto: la voluntad del hombre manifestada en testamento. Así, el apartado primero del citado precepto únicamente se refiere al “*testador*”, y el apartado segundo del mismo artículo a los cónyuges que “*testasen*” por separado²⁵². De acuerdo con ello, para realizar la determinación concreta de los bienes de la herencia de tal modo que estemos ante la figura conocida como partición conjunta –lo mismo cabe decir respecto de la partición por testador efectuada individualmente– nos encontramos con dos figuras imprescindibles: el testamento y la partija²⁵³.

²⁵² En el Código civil, las posibilidades de deferir la sucesión contenidas en el artículo 658 Cc. –el testamento o la ley– también son limitadas por el artículo 1.056 Cc. a la efectuada en testamento. Así, el citado precepto únicamente alude al “*testador*” a la hora de atribuir a un causante la facultad de realizar por sí mismo y de modo individual la partición de la herencia.

²⁵³ Aunque *lege data* no sea posible realizar la partición sin la sujeción a un testamento, de *lege ferenda* nos parece adecuado proponer la posibilidad de que los causantes puedan elaborar una partija de acuerdo con las cuotas de institución que establece la ley, sin necesidad de que exista un instrumento testamentario, o de acuerdo con lo establecido en un pacto sucesorio extratestamentario –cuando el pacto sucesorio sea testamentario ya se cumple el requisito exigido *ex art. 157 LDCG.*–. Vid., sobre estos aspectos los epígrafes 2.2.3 y 2.2.4 del capítulo tercero.

Así pues, necesariamente: testamento y partija; o, más exactamente: acto dispositivo testamentario y partija²⁵⁴. En efecto, para que estemos ante una partición conjunta resulta imprescindible que exista uno o más testamentos en donde los cónyuges dispongan de sus bienes para después de la muerte (cfr. art. 667 Cc.). Mas, junto con dicho acto dispositivo también resulta necesario que exista un acto partitivo donde los causantes concreten la disposición contenida en el testamento o testamentos²⁵⁵. De lo anterior se colige que, en la partición conjunta, testamento y partición se encuentran íntimamente relacionados, aun teniendo funciones típicas diferentes –el primero, disponer, y el segundo, partir según la previa disposición–: la determinación de bienes en que consiste la partija precisa, en todo caso, de una disposición que necesariamente ha de estar contenida en un testamento²⁵⁶.

²⁵⁴ En el texto utilizamos “acto dispositivo testamentario” para remarcar la diferencia que existe entre la disposición y la partición. Al margen de ello, a nuestro modo de ver, un testamento que, por ejemplo, sólo contenga el reconocimiento de un hijo (cfr. arts. 120, 124 y 741 Cc.) conlleva implícita una remisión a las normas de la sucesión legal con sus llamamientos y cuotas de institución.

²⁵⁵ Buen ejemplo de la opinión doctrinal mayoritaria sobre la finalidad de la partición, y que en este trabajo se comparte, lo constituye RODRÍGUEZ ADRADOS (“El testamento y la ley como normas de la partición”, *RDN.*, nº 68, abril-junio, 1970, p. 191) quien ha puesto de relieve que “la partición no tiene otra finalidad que ejecutar, llevar a la práctica, las normas abstractas que rigen la sucesión”. Así, y como resalta PUIG PEÑA en relación con la partija realizada por el testador de modo individual, “la consideración y la naturaleza propias de este negocio jurídico consisten en verificar una *distribución de bienes* acomodada a las bases y principios que establece una persona en su propio testamento” (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. III, cit., p. 210). Como tendremos ocasión de comprobar en el capítulo tercero de este trabajo, constituye un criterio jurisprudencial consolidado y la opinión doctrinal mayoritaria entender que la partición únicamente adjudica bienes de acuerdo con los criterios de institución sin que se le pueda atribuir virtualidad dispositiva alguna.

²⁵⁶ La distinción entre el acto de testar y el acto de partir, o lo que es lo mismo, entre el negocio dispositivo y el determinativo resulta clara desde un punto de vista teórico. Sin embargo, en la práctica no se presenta tan sencilla su diferenciación. Reflejando esta dificultad, ROYO MARTÍNEZ escribe que “la partición, aunque no suple al testamento, que ha de existir conjunta o separadamente, engloba en cierto modo la facultad dispositiva y la actividad distributiva y adjudicadora, por lo que su dependencia respecto del contenido del testamento es sólo relativa” (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 336).

Con todo, la existencia de la citada interrelación entre testamento y partición no impide que tales funciones se puedan llevar a cabo en momentos diversos y con formalidades diferentes, ya que se trata de dos actos jurídicos distintos: testar y partir. A ellos –al acto para disponer y al acto para partir– se refiere veladamente el artículo 157 de la LDCG. en sus apartados primero y segundo²⁵⁷. Junto con ello, lo anterior no obsta tampoco para que ambas funciones –la dispositiva: el testamento; y la determinativa: la partición– también se puedan efectuar en un mismo documento testamentario que acogería la institución y la distribución (cfr. art. 157 LDCG.).

4.3 La conjuntividad formal y sustantiva como características específicas de la partija conjunta

Tras la consideración del presupuesto ineludible exigido por la Ley de Derecho Civil de Galicia –el acto dispositivo testamentario–, corresponde considerar ahora las notas de la conjuntividad formal y sustantiva de la partición conjunta. A ellas se refiere el artículo 157.2 LDCG. cuando establece que los cónyuges “*pueden partir conjuntamente*” –conjuntividad sustantiva– en “*un mismo documento*” –conjuntividad formal–.

Así las cosas, y respecto de estas dos dimensiones de la conjuntividad, ha de tenerse en cuenta que, ordinariamente, la concurrencia de la conjuntividad formal conlleva de suyo la sustantiva. En efecto, el hecho de que la partición que efectúen los cónyuges se contenga en “*un mismo documento*” ya implica el acuerdo de voluntades en lo particional a que se refiere la conjuntividad sustantiva: “*pueden partir conjuntamente*” (art. 157.2 LDCG.)²⁵⁸.

²⁵⁷ A este respecto, SÁNCHEZ ROMÁN hace notar que “cada uno de ellos –el acto de testar y el acto de partir– necesita los elementos *personales, reales y formales* que según la ley les son indispensables...” (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 1989).

²⁵⁸ En el texto afirmamos que la conjuntividad formal conlleva ordinariamente la sustantiva ya que el único supuesto en que no sucedería así sería aquél en que la voluntad particional de ambos “coincida casualmente” en un mismo documento y no exista acuerdo previo o simultáneo. Así las cosas, es preciso apuntar también que la conjuntividad sustantiva, tal y como la entendemos –acuerdo en lo particional–, abarca un abanico de

Expuestas dos dimensiones de la conjuntividad que han de concurrir para que una partición se pueda calificar como partición conjunta, es preciso destacar que existe una tercera dimensión de la conjuntividad referida al objeto de la partición. En este ámbito, y en atención a dicho criterio podemos aludir a dos modalidades de partición conjunta que en breve examinaremos: la partición conjunta con objeto unitario –concorre conjuntividad en el objeto–, en la que los cónyuges organizan conjuntamente la sucesión haciendo una única masa con los bienes de ambos; y la partición conjunta con objeto separado –no hay conjuntividad respecto del objeto–, en la que la sucesión no se organiza conjuntamente, y, por tanto, no se efectúa dicha masa, conservando los bienes de ambos cierta independencia²⁵⁹.

Al margen de esta última dimensión de la conjuntividad que será objeto de análisis detallado, en lo que ahora interesa y retomando el hilo de lo señalado, si el acto particional de que se trate reúne las dos dimensiones de la conjuntividad a que nos hemos referido –sustantiva y formal– estaremos ante la partición conjunta a que se refiere el artículo 157.2 LDCG. Y ello, independientemente de que la partición traiga causa de un testamento

posibilidades que va desde la realización de una partición conjunta en la que el acuerdo versa únicamente sobre la realización de tal figura, hasta la coordinación de las voluntades particionales de los cónyuges en grado máximo –ambas se funden en una única voluntad unitaria–, pasando por una mayor o menor coordinación de las atribuciones particionales. En otro orden de cosas, podemos apuntar que esta conjuntividad sustantiva viene a ser algo similar a la unidad de otorgamiento que la doctrina exige para que un testamento incurra en la prohibición a que se refiere el artículo 669 Cc. Sobre este punto, vid. la nota nº 327.

²⁵⁹ Según veremos, y en atención a que de la existencia o no de conjuntividad respecto del objeto se derivan consecuencias jurídicas diversas, por ejemplo, en cuanto al carácter unilateral o bilateral de la partición, a la emisión de las voluntades particionales y a su revocación, en este trabajo estructuraremos el estudio de los diferentes aspectos relativos a la partición con base en las modalidades resaltadas –la partición conjunta con objeto unitario y la partición conjunta con objeto separado–, por más que las notas esenciales para poder calificar una partición como conjunta sean las expuestas en el texto: conjuntividad sustantiva y formal. En efecto, con independencia o no de que exista conjuntividad en el objeto, se podrá calificar la partición como conjunta si concurre conjuntividad sustantiva y formal.

mancomunado o de dos testamentos individuales, ya que el citado artículo permite ambas posibilidades al precisar “*aunque testasen por separado*”. Y ello, independientemente también de que los bienes objeto de la partición sean o no comunes, puesto que la partición conjunta no presupone ni exige ningún régimen económico-matrimonial concreto: no resulta necesario que los bienes que se parten tengan tal condición a pesar de que en el supuesto de que sí la tengan la partición desarrolle toda su potencialidad. De admitirse lo contrario, es decir, de exigirse que los bienes que vayan a partir los cónyuges sean comunes, se excluiría comúnmente que dos cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes previsto por el Código civil (cfr. arts. 1.435 a 1.444 Cc.) pudiesen realizar de forma conjunta la partición sin que exista ningún presupuesto jurídico que exija tal circunstancia²⁶⁰. Partición que, en el caso de cónyuges casados bajo el citado régimen económico-matrimonial, les permite sortear la necesidad de realizar la distribución de sus herencias a través de dos particiones individuales coordinadas²⁶¹.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, cabe decir que hemos delimitado el presupuesto y las características específicas de la partición conjunta en la LDCG.: la necesidad de existencia de un acto dispositivo testamentario y la conjuntividad sustantiva y formal. Además, hemos defendido la no necesidad de que los bienes sean comunes. Pues bien, aún se puede dar un paso más. En

²⁶⁰ A pesar de lo indicado en el texto, no se ignora que los cónyuges pueden tener en todo momento bienes en régimen de copropiedad. Y ello, aun cuando el régimen económico-matrimonial sea el de separación de bienes (cfr. art. 1.441 Cc.). Vid., en tal sentido, REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 80.

²⁶¹ A los efectos que ahora interesan, resulta oportuno recordar aquí que, partiendo de la base de que el legislador gallego estaba pensando en los matrimonios al regular la partija conjunta –así lo confirma el tenor literal del artículo 157.2 LDCG. al referirse a “*los cónyuges*”–, la realización de este tipo de partición desarrolla toda su potencialidad en aquellos matrimonios cuyo régimen económico-matrimonial sea el de gananciales, siendo en este régimen donde la partición conjunta tiene mayor sentido y operatividad. Y ello por lo antes referido y porque en dicho régimen resulta necesaria, en todo caso, la existencia de una conjunción de voluntades, por lo menos a los efectos de proceder a la liquidación de dicha sociedad.

tal sentido, se puede indicar que no resulta imprescindible que los herederos entre quienes los cónyuges distribuyen las herencias sean comunes, aun cuando tal situación sea la ordinaria. En efecto, si los cónyuges son los únicos que pueden realizar esta modalidad de partija (arg. *ex art.* 157.2 LDCG. y concordantes), lo habitual será –aun cuando no sea un requisito exigido por la LDCG.– que tengan herederos comunes: los descendientes, que, además, tendrán la condición de legitimarios (cfr. arts. 146 LDCG. y 805 y ss. Cc., por remisión). Sin embargo, ello no sucede en todo caso, ya que es posible que ambos cónyuges tengan descendencia no común –fruto, por ejemplo, de matrimonios anteriores– o que mueran sin descendencia, en cuyo caso los legitimarios serán los ascendientes de cada cónyuge (cfr. art. 806 Cc.), no siendo entonces herederos comunes.

Con todo, en los supuestos en que los herederos sean comunes –ya sea porque se trata de descendientes comunes a ambos cónyuges o porque éstos hayan instituido a algún heredero en ambas herencias–, parece que la partición conjunta adquiere mayor virtualidad. Lo anterior porque, en tal caso, cabría aplicar la facultad prevista en el artículo 158.2 de la LDCG. que permite que en la partija efectuada de forma conjunta “*el haber correspondiente a cualquier heredero o participe en las dos herencias, aunque sea legitimario*” sea satisfecho con bienes de un solo causante²⁶².

De lo hasta ahora expuesto se pueden extraer cinco conclusiones que permiten delinear los elementos esenciales y las características específicas de la partición conjunta. La primera: según se deduce del artículo 157.2 LDCG., resulta imprescindible, en todo caso, que exista un acto dispositivo testamentario al que la partición conjunta se adecue, ya sea un testamento mancomunado (cfr. arts. 137 y ss. LDCG.) o dos testamentos individuales. La segunda: para que la partición realizada por los cónyuges sea una partición conjunta ha de tener los requisitos de la conjuntividad sustantiva –acuerdo en lo particional– y conjuntividad formal –un mismo documento (arg. *ex art.* 157.2 LDCG.)–; junto con ello, puede existir o no conjuntividad respecto del objeto. La tercera: en la partición conjunta se incluyen los bienes de los

²⁶² Sobre este precepto, vid. el epígrafe 2.4 del capítulo sexto.

cónyuges, no siendo necesario que dichos bienes sean comunes. La cuarta: la partición conjunta no presupone ni exige ningún régimen económico-matrimonial determinado, aun cuando este tipo de partición sea un instrumento muy útil para aquellos matrimonios unidos bajo el régimen de gananciales. Y la quinta: desde un punto de vista subjetivo no resulta necesario que los herederos de ambos cónyuges sean comunes.

V. LA NATURALEZA NEGOCIAL DE LA PARTICIÓN CONJUNTA

5.1 Preliminar

Cuando, en el capítulo precedente, examinamos la *naturaleza sustantiva* de la partición de la herencia, concluimos reconociendo su naturaleza *determinativa*: la partición explícita, concreta la titularidad de los herederos partícipes en la sucesión en bienes específicos²⁶³. Con base en tales premisas, a continuación examinaremos lo que se ha denominado como *naturaleza formal o negocial* de la partición, que, como sabemos, resulta diferente en función de la modalidad de partición de que se trate²⁶⁴.

En lo que a la *naturaleza formal o negocial* de la partición conjunta se refiere, dos cuestiones presentan especial interés. De un lado, resulta preciso perfilar el tipo de negocio a que se alude cuando hablamos de partición conjunta, en especial cuando ésta se realiza fuera de testamento (cfr. art. 157 LDCG.). Y de otro lado, se ha de determinar si dicho negocio reviste carácter unilateral o bilateral habida cuenta de que en él intervienen dos cónyuges testadores. Comencemos pues por el análisis de la primera de las cuestiones apuntadas.

²⁶³ Cfr. páginas 130 a 133.

²⁶⁴ Cfr. nota nº 232.

5.2 La naturaleza negocial de la partición conjunta en la LDCG.

Para poder dar respuesta a la cuestión a que se refiere el presente epígrafe hemos de recordar que, según establece el artículo 157 LDCG., la partición de la herencia puede efectuarse “*en el propio testamento o en otro documento*”. Pues bien, siendo ello así, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina existe unanimidad respecto de la determinación de la figura negocial a que se refiere el legislador cuando permite que la partición se realice “*en el propio testamento*”. Dicha partición consiste en un negocio jurídico testamentario distributivo por el que el testador o testadores reparten su herencia entre los herederos; esto es, un negocio jurídico en el que se efectúa una determinación o concreción en bienes específicos del acto dispositivo contenido en dicho testamento.

Por lo que a la otra modalidad de partición se refiere –la realizada “*en otro documento*”–, en la doctrina de la LDCG. también existe unanimidad respecto de su calificación jurídica: se trata de un negocio jurídico extratestamentario de carácter distributivo que trae causa de un acto dispositivo testamentario. Así pues, de la referida calificación jurídica se colige que la nota distintiva de esta modalidad de partición realizada “*en otro documento*” respecto de la efectuada “*en el propio testamento*” únicamente consiste en el cauce formal en el que se efectúa: fuera de un testamento.

Recapitulando lo expuesto, se puede señalar que la naturaleza negocial de la partición por testador efectuada de modo conjunto al amparo de la Ley de Derecho Civil de Galicia, ya se contenga en un testamento o en un documento al margen de él, es la de un negocio jurídico distributivo que trae causa de un acto dispositivo testamentario. Siendo ello así, y antes de proceder al examen de las características referibles al indicado negocio jurídico, nos detendremos a analizar las diferentes opiniones doctrinales que en el marco del Código civil se han elaborado sobre la *naturaleza negocial* de la partición por testador, para fundamentar más la calificación apuntada.

5.3 Examen de las opiniones doctrinales sobre la naturaleza negocial de la partición por testador en el Código civil

5.3.1 Preliminar y justificación

En el ámbito del Código civil no existe la misma unanimidad que hay en el Derecho gallego en torno a la naturaleza negocial de la partición por testador. En efecto, en dicho ámbito se suscitó una interesante polémica respecto de la modalidad de partición por testador realizada fuera de testamento —“*por acto entre vivos*” según la terminología del artículo 1.056 Cc.—²⁶⁵. Además, tal polémica únicamente se ha referido a la partición por testador efectuada de modo individual, habida cuenta de que en el Código civil no existe regulación expresa sobre la modalidad conjunta de partición por testador. Ello, sin embargo, no empece para que, dada la identidad existente entre la partición por testador realizada de forma individual y la efectuada de forma conjunta, nos refiramos aquí a la polémica indicada, al objeto de fundamentar y justificar a qué tipo de acto se refiere el legislador cuando permite que la partición se efectúe fuera de testamento²⁶⁶.

²⁶⁵ Como hemos puesto de relieve (cfr. nota nº 164), es mayoritaria la opinión doctrinal que entiende que los términos “*por acto entre vivos*” (cfr. art. 1.056 Cc.) hacen referencia a una partición realizada en un documento distinto del testamento. En relación con la otra modalidad de partición a que se refiere el artículo 1.056 Cc. —“*por última voluntad*”— sí es unánime la opinión que la concibe como un negocio jurídico contenido en un testamento y que busca distribuir la herencia. Por todos, vid. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 191-199.

²⁶⁶ Al margen de lo indicado en el texto, otras tres razones justifican el examen detallado que a continuación se realiza. La primera razón estriba en que, a pesar de que tales opiniones hayan sido elaboradas por la doctrina del ámbito del Código civil y tengan apoyo en artículos del mismo Cuerpo legal, han influido, según creemos, en la redacción del artículo 157 de la LDCG.; en segundo lugar, porque, como posteriormente se comprenderá, el análisis de la indicada polémica doctrinal nos dará luces para determinar si es posible la intervención de los coherederos en la partición, y de serlo, si lo es en concepto de parte o no; y en tercer lugar, el examen de las referidas tesis resulta conveniente ya que permitirá atajar el posible trasvase de la referida polémica a la LDCG., en caso de que a la expresión “*en otro documento*” ex art. 157 LDCG. se le otorgue el significado que los autores que examinaremos atribuyen a los términos “*por acto entre vivos*” ex art. 1.056 Cc.

A este respecto, conviene adelantar ya que la doctrina del Código civil se ha polarizado en torno a tres tesis que tratan de dar respuesta a la naturaleza negocial de la partición por testador efectuada “*por acto entre vivos*” a que se refiere el artículo 1.056 Cc. Un primer grupo de autores, entre los que se encuentran MARÍN LÁZARO²⁶⁷, HERNÁNDEZ GIL²⁶⁸ y RODRÍGUEZ-ARIAS²⁶⁹,

²⁶⁷ MARÍN LÁZARO (“La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*”, cit., pp. 213 y ss., en especial las pp. 236-238), defiende que el artículo 1.056 Cc. regula la *donation-partage* del Derecho francés (cfr. arts. 1.076-1.078 del *Code civil*); figura que tiene un carácter híbrido entre la donación y la partición. Así, entiende que el causante que se desprende de sus bienes en vida de forma irrevocable lo hace a través de la figura de la donación, y que los beneficiarios de tal donación son donatarios únicamente hasta la muerte del causante: una vez fallecido éste se convertirán en herederos. Ello se debe a que las donaciones de bienes efectuadas por el causante están unidas entre sí por el resultado parcial. La citada tesis que, según CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 348) “no tiene suficiente base en nuestro Código civil ni en la jurisprudencia que lo interpreta”, ha sido brillantemente refutada en cada uno de sus argumentos –aplicabilidad al Derecho español, ventajas e inconvenientes– por ROCA SASTRE (“Partición de herencia por actos *inter vivos*”, cit., pp. 384-395). Sobre la imposibilidad de aplicación de la figura de la *donation-partage* al Derecho gallego, vid., por todos, ZULUETA DE HAZ, “De las partijas –das partillas–”, cit., p. 372.

²⁶⁸ HERNÁNDEZ GIL escribe que “conforme al artículo 1.056 del Código Civil puede decirse que el testador tiene dos modos de partir los bienes en vida entre los que hayan de ser sus herederos al tiempo de su fallecimiento: 1º, por acto *inter vivos*, esto es, por contrato; y 2º, por una disposición de última voluntad, que, en definitiva, será un testamento”. Sobre esta base, posteriormente reconoce que “el acto *inter vivos* clásico para realizar la partición el testador es la donación” (*Dictámenes*, tomo II, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1968, pp. 440 y 443; vid. también la p. 465 donde realiza afirmaciones parecidas).

²⁶⁹ RODRÍGUEZ-ARIAS opina que la partición “*por acto entre vivos*” hace referencia a un conjunto de donaciones que puede efectuar el testador, que tienen eficacia inmediata y que están unidas entre sí por el nexo de la aceptación de los donatarios. La realización de estas donaciones no implica que el testador se despoje de sus derechos hereditarios, que “puede seguir ejerciendo libremente”, ya que entre estas donaciones y la posterior sucesión *mortis causa* no hay conexión alguna (“Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del Código Civil”, *RGLJ*, tomo CXCI, nº 3, marzo, 1952, p. 341). De este modo, un beneficiario de la donación –de la partición “*por acto entre vivos*”, según su tesis– puede repudiar la herencia a que sea llamado posteriormente. Además, estas donaciones tienen la peculiaridad de que son revocables hasta la aceptación de todos los donatarios; aceptación

entiende que cuando el Código civil indica que el testador puede hacer la partición “*por acto entre vivos*” (art. 1.056 Cc.) el negocio al que se está refiriendo es a una donación²⁷⁰. Un segundo sector de la doctrina opina que los indicados términos del artículo 1.056 Cc. se refieren a un *contrato* particional celebrado entre el testador –en el caso de la partición conjunta serían los testadores– y los herederos, que tiene *eficacia diferida* y que es *revocable de forma indirecta*²⁷¹. Y por último, un tercer grupo, que representa la opinión mayoritaria, defiende que el legislador, con los indicados términos, se refiere a un *negocio jurídico de carácter distributivo* realizado en un documento no testamentario pero que trae causa de un acto dispositivo que necesariamente habrá de contenerse en un testamento²⁷².

Enunciadas las diferentes tesis, a continuación las examinaremos de forma separada²⁷³.

que se realiza teniendo en cuenta no sólo la adquisición del propio lote sino también la adquisición de los demás lotes por los demás donatarios.

²⁷⁰ También son partidarios de esta tesis, JAÉN, *Derecho civil*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pp. 838 y ss., CAMINERO, *Tratado teórico-práctico sobre partición de herencia, tutela, protutela y consejo de familia*, 2ª y 3ª edición, Reus, Madrid, 1899 y 1927, p. 222 y ALBIEZ DOHRMAN, *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 36, 37 y 191.

²⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., pp. 494 y ss. y MONEDERO GIL, “La partición practicada por el testador”, *Pretor*, nº 64, julio-agosto, 1971, p. 542. Vid. también la tesis de RODRÍGUEZ ADRADOS, “La partición hecha por el testador”, cit., p. 225.

²⁷² Vid., por todos, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 195 y 196.

²⁷³ No nos hemos referido en el texto a otra corriente doctrinal minoritaria que defiende que el Código civil, con los términos “*por acto entre vivos*” ex art. 1.056, se refiere a un contrato con eficacia diferida y carácter revocable; esto es, a una donación *mortis causa*. Algunas de las diferencias insalvables para efectuar tal asimilación han sido puestas de relieve por VALLET en *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, p. 183.

5.3.2 La partición por testador configurada como una donación

Una de las razones que ha facilitado entender que la partición realizada “*por acto entre vivos*” (art. 1.056 Cc.) se refiere a una donación viene constituida por el hecho de que ambos negocios –la donación y la partición– tienen carácter patrimonial y gratuito y no otorgan la cualidad de heredero al beneficiario. Así las cosas, la principal finalidad que los autores de esta corriente doctrinal le reconocen a la partición a que nos referimos –configurada como una donación– es que, a través de ella, el causante podría adelantar la distribución del caudal hereditario en vida.

Pues bien, a pesar de que la partición y la donación tengan algunas características comunes, existen notables diferencias entre ambas que impiden su identificación. Entre otras, a efectos del presente trabajo resulta suficiente con indicar tres de ellas²⁷⁴:

En primer lugar, no parece convincente entender que el Código civil asimila la partición “*por acto entre vivos*” (art. 1.056 Cc.) a una donación por cuanto que el tenor literal del precepto en el que se regula tal modalidad de partición exige, en todo caso, la existencia de un acto dispositivo testamentario (cfr. art. 1.056 Cc. y art. 157 LDCG. en lo que se refiere al Derecho gallego). Dicha exigencia revela, como veremos detenidamente en el capítulo siguiente, que la partición tiene una naturaleza meramente determinativa de un acto dispositivo contenido en un testamento, sin que goce de virtualidad dispositiva alguna, a diferencia de lo que sucede con la donación; figura que tiene carácter dispositivo.

²⁷⁴ Al margen de lo que se señala en el texto, otras diferencias que existen entre ambos negocios son: la partición no necesita constar en escritura pública aun cuando se refiera a bienes inmuebles, como dispone el artículo 633 Cc. para las donaciones (sobre esta materia, vid. DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 2003), o, en fin, que la partición es un *acto mortis causa y de última voluntad* libremente revocable, a diferencia de lo que sucede con la donación que tiene tasadas sus causas de revocación (cfr. arts. 644 y ss. Cc.).

En segundo lugar, la necesidad de existencia de un acto dispositivo testamentario al que la partición se ha de adecuar remite la eficacia de la partición a la muerte del causante: hasta el fallecimiento del testador, y consiguiente apertura de la sucesión, la partición no produce efectos frente a terceros (cfr. arts. 657 y 661 Cc.); hasta entonces se puede modificar a voluntad. Por tal motivo, parece que no podría tener lugar uno de los efectos típicos de la donación cual es la entrega inmediata de los bienes, en este caso, a efectos particionales²⁷⁵. Lo anterior no empece para que cualquier testador pueda distribuir durante su vida bienes que a su muerte formarían parte de su herencia (cfr. art. 659 Cc.). Tal distribución podrá ser considerada como donación –colacionable o no (cfr. arts. 1.035 y ss. Cc.)–, pero no se podrá calificar como partición de herencia puesto que en ésta, como su propio nombre indica, se trata de partir el haber hereditario entre los herederos; haber hereditario que no existe hasta el fallecimiento (arg. ex art. 659 Cc.), y herederos que, hasta dicho fallecimiento, no estarán ciertos de sus derechos (cfr. art. 657 Cc.)²⁷⁶.

Por último, otro inconveniente que tiene la asimilación que venimos comentando se refiere a “la finalidad y las ventajas” que tendría la partición de ser configurada como una donación. En efecto, si la finalidad que le atribuyen a la partición efectuada fuera de testamento –“*por acto entre vivos*” según la terminología del artículo 1.056 Cc.– los autores de la corriente doctrinal que comentamos –la entrega inmediata de los bienes a efectos de adelantar la sucesión– ya está colmada por la figura de la donación (cfr. arts. 618 y ss. Cc.), se estaría inutilizando aquella modalidad de partición. De este

²⁷⁵ Como expone DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO: “esta partición no es transmisiva de derechos; es, únicamente, ejecutiva del acto dispositivo contenido en el testamento; los bienes siguen en dominio del testador y los herederos, en vida de éste, no adquieren derecho alguno como consecuencia de esta atribución de bienes que, por ser acto de última voluntad, sólo adquiere relevancia para los herederos a la muerte del causante” (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 405).

²⁷⁶ Cfr. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, “Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 416, y VALLET, “Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., pp. 130 y 131.

modo, existirían dos figuras con un mismo contenido y unos mismos efectos reguladas en distintos lugares, lo que se revela un tanto absurdo y de todo punto ilógico²⁷⁷.

A la vista de los argumentos expuestos se puede concluir que, además de que no tiene un fácil encaje con el articulado, no resulta viable la tesis que entiende que el Código civil asimila la partición “*por acto entre vivos*” ex art. 1.056 Cc. a una donación²⁷⁸. Desechada la tesis expuesta, veamos ahora si es posible entender que el Código civil, en el artículo 1.056, se refiere a un contrato con eficacia diferida y revocable de modo indirecto.

5.3.3 La partición por testador como contrato particional

Los autores partidarios de la tesis que vamos a examinar consideran, con fundamento en la dicción del artículo 1.271.2 Cc., que a la partición ex art. 1.056 Cc. se le ha de reconocer categoría contractual²⁷⁹. En efecto, para estos autores, los términos del citado artículo hacen alusión al supuesto en que un testador realiza un contrato particional con los herederos en el que no se

²⁷⁷ Como escribe DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, lo que sucede en el caso referido en el texto es que “se habrá constreñido esta partición a una función que ya satisface y cumple otra institución, la donación” (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 417).

²⁷⁸ En efecto, resultaría un tanto llamativo que, de admitirse que la partición “*por acto entre vivos*” del artículo 1.056 Cc. fuese una donación, se regule dentro del capítulo dedicado a la partición de la herencia, y en un mismo precepto, dos figuras totalmente diferentes: la partición realizada por un testador en un testamento y una donación.

²⁷⁹ El artículo 1.271.2 Cc. ha sido modificado por Ley 7/2003 de 1 de abril de la Sociedad Limitada y Nueva Empresa. Actualmente dispone que “*sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056*”. Los autores a que nos referimos en el texto defendieron sus tesis antes de dicha modificación, siendo entonces el tenor literal del precepto el que sigue: “*sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056*”.

transmiten los bienes de modo inmediato y que cabe revocar de forma indirecta: si se revoca el testamento del que trae causa el contrato particional, éste queda sin efecto. La intervención de los coherederos aceptando la distribución llevada a cabo por el testador vincularía a éste al acto particional de tal modo que, una vez realizado dicho contrato, el testador no podría modificarlo de forma unilateral, siendo necesario contar en todo caso con el consentimiento de los herederos para hacer cualquier modificación en el acto particional²⁸⁰.

Así configurada la partición por testador efectuada fuera de un testamento –“*por acto entre vivos*” según la terminología del artículo 1.056 Cc.–, la indicada concepción presenta, entre otros, cuatro inconvenientes que se señalan a continuación.

En primer lugar, la tesis expuesta no se aviene con el tenor literal de los preceptos del Código civil en que se regula esta modalidad de partición y donde se concede la facultad de partir. Efectivamente, tanto el artículo 1.056 del Código civil como los preceptos concordantes –1.057 y 1.058 Cc., entre otros– única y exclusivamente se refieren al testador, sin mencionar en ningún caso ni concederle facultad alguna a la contraparte del supuesto contrato –los herederos–: únicamente se concede la facultad de hacer la partición al

²⁸⁰ Los autores partidarios de esta tesis reconocen que las dos partes del supuesto contrato particional se encuentran en distinta posición: el testador realizaría las adjudicaciones y los coherederos se limitarían a aceptar y aprobar las adjudicaciones realizadas por aquél, dotando de carácter vinculante a la partición. Así, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., p. 533) escribe que “el carácter contractual tampoco quiere decir que ambas partes se hallen en el mismo plano y asuman idéntico papel generador de sustancia negocial (...). Jurídicamente, la intervención de éstos –los herederos– no tiene más significación que la de aceptar contractualmente las adjudicaciones hechas y con ello dotar de carácter vinculante a la partición”. Por otra parte, en una nota del citado trabajo, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ indica que la distinta posición del testador y de los coherederos es defendida por la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272) cuando afirma que “la voluntad del testador es la única que genera materia jurídica de obligada observancia”, aun cuando –sigue diciendo este autor– “esta afirmación no basta para negar el carácter contractual a la partición” (cfr. *ibidem*, p. 533). En sentido similar, vid. RODRÍGUEZ-ARIAS, “Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del Código Civil”, cit., p. 319.

“testador” –lo mismo ocurre en el ámbito de la LDCG.–²⁸¹. Algo similar sucede en los artículos 1.070.1 y 1.075 del Código civil.

En segundo lugar, si se concibe la modalidad de partición que comentamos como un contrato particional, para su aprobación sería necesario contar con el consentimiento unánime de los herederos²⁸². De este modo, se podría estar dando cabida al juego de voluntades caprichosas e intereses particulares de los herederos que podrían impedir la aprobación de la partija²⁸³.

²⁸¹ En tal sentido, ya la resolución de la DGRN. de 22 de enero de 1898 declaró que la partición efectuada por el testador es “subsistente, sin necesidad de que los herederos forzosos la aprueben con su consentimiento, porque sobre que el Código civil no exige este requisito, tampoco les da ninguna intervención cuando son todos mayores de edad” (JC. tomo LXXXIII n° 36).

²⁸² Si se entiende que la partición “*por acto entre vivos*” es un contrato en el que los coherederos han de prestar su conformidad, parece que lo lógico sería exigir la unanimidad para la emisión del consentimiento y perfección del contrato (arg. ex art. 1.058 Cc.). Esta regla podría obligar al testador a modificar los criterios de institución o de distribución, a fin de que la asignación de bienes que efectúe pueda ser admitida por todos los herederos. O quizá, de no aprobarse tal distribución, le impediría al testador la realización de la partición, limitándose únicamente a instituir a los herederos en las cuotas. En este caso, la omnimoda libertad para disponer y partir de que goza el testador sería una figura ilusoria e irreal ya que se vería condicionada por la aceptación de los herederos, que podría venir determinada por los intereses particulares de cada uno de ellos.

²⁸³ En principio, cabría pensar que el problema enunciado en el texto se podría solucionar de las siguientes maneras: a) modificando la institución y excluyendo a los herederos rebeldes –esta solución no sería aplicable si se trata de herederos forzosos–; b) utilizando otro criterio para la perfección del contrato –en tal caso, el fundamento y el apoyo legal de tal criterio no estaría tan claro–; c) entendiendo que existe una cierta obligación por parte de los herederos de aceptar la partición debido a la diferente situación en que se encuentra el testador –entonces, tanto el concepto de contrato como la libertad de emisión del consentimiento se verían mermadas–. Así pues, y a la vista de que las indicadas soluciones no son adecuadas, se puede concluir que la aceptación del criterio de la unanimidad para la perfección del supuesto contrato particional convertiría a esta modalidad de partición por testador en un cauce que se aplicase muy poco por las evidentes desventajas que tendría; se exigiría el consentimiento de ambas partes: del testador y de los coherederos. En este sentido, ya la resolución de la DGRN. de 22 de enero de 1898 reconoció que “carecería de sentido jurídico, y holgaría además la frase de *se pasará por ella*, que emplea el artículo 1.056, si *a priori* y en todo caso

En tercer lugar, otra dificultad con la que se encuentra la concepción contractual de la partición “*por acto entre vivos*”, esto es, fuera de testamento, viene determinada por la imposibilidad de aplicación de diversos preceptos del Código civil relativos a los contratos: por ejemplo, el artículo 1.091 que dispone que “*las obligaciones surgidas del contrato tienen fuerza de ley entre las partes*”, o el artículo 1.256 que establece que “*la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”²⁸⁴. En efecto, la imposibilidad de aplicación de tales artículos se debe a que la vinculación que se le atribuye al pretendido contrato particional puede dejarse sin efecto por la revocación del testamento de que tal contrato particional trae causa²⁸⁵.

hubiera de requerirse dicho consentimiento, y resultaría al fin ilusoria aquella facultad, ya que entonces no serían el testador o el comisario los que hicieran la partición, sino los propios herederos, que a tanto equivaldría en sustancia la previa manifestación de su conformidad” (JC. tomo LXXXIII nº 36).

²⁸⁴ Tampoco encuentran fácil aplicación los artículos 1.094 Cc., que señala que el obligado a dar alguna cosa lo está también a “*conservarla con la diligencia de un buen padre de familia*”, y 1.183 Cc., regulador de la pérdida de la cosa debida. Como se ve, concebir la partición realizada “*por acto entre vivos*” como un contrato entre el testador y los herederos – aun cuando, como entiende GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., pp. 533 y 534), sea un contrato en sentido “amplio de negocio bilateral vinculante de índole patrimonial”, al que se debe aplicar “las normas de índole general que el Código dicta para los contratos, siempre que no presupongan con carácter necesario la existencia de una obligación en sentido estricto”–, no parece tener una base legal muy clara, y, además, desfigura dicha institución. En efecto, de acuerdo con tal concepción, se acudiría a la institución del contrato, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1.271.2 Cc., aunque posteriormente no se le aplicaría el régimen propio de éstos. Reflejando esta realidad, DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 421) ha resaltado que “resulta curioso que se pretenda, por un lado, basar toda la fuerza vinculante en la terminología del Código civil, que, efectivamente, emplea la palabra *contratos* y que, por otro, luego no se use esta palabra para sacar de ella todos los efectos que habrían de extraerse de la misma”. Así las cosas, la reciente modificación del artículo 1.271.2 Cc. permitiendo realizar “*otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056*” viene a corroborar la tesis que se mantiene en este trabajo (cfr. nota nº 279).

²⁸⁵ Por otra parte, mantener que el testador no tiene esta libertad de revocación del testamento implicaría vulnerar la libertad reconocida en el artículo 737 del Código civil. Así

Y, por último, la supuesta vinculación del testador con los coherederos al contrato particional parece que podría presentar otro inconveniente en relación con el artículo 988 del Código civil cuando dispone que los actos de “*aceptación y repudiación de la herencia*” son “*enteramente voluntarios y libres*”. La admisión de la referida vinculación contractual podría hacer creer que un coheredero que tuviese expectativas sobre la herencia y que hubiese prestado su consentimiento en el contrato particional realizado con el testador, necesariamente habría de aceptar la herencia una vez abierta la sucesión. De este modo el acto de aceptación de la herencia no sería totalmente voluntario y libre²⁸⁶.

Por el cauce expuesto se concluye que tampoco resulta del todo adecuada la tesis que considera que la partición por testador realizada en un documento al margen del testamento –“*por acto entre vivos*” según la terminología del artículo 1.056 Cc.– constituye un contrato con eficacia diferida y revocable de forma indirecta²⁸⁷. Veamos entonces la última de las opiniones doctrinales apuntadas.

las cosas, y aun cuando GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., p. 531) intenta salvar la inaplicación perfecta del artículo 1.256 Cc. a la partición “*por acto entre vivos*” (cfr. art. 1.056 Cc.), su tesis choca con el hecho de que si el testador otorga un nuevo testamento deja sin efecto el contrato particional que traía causa del testamento anterior, contraviniendo lo previsto por el artículo 1.256 Cc. (cfr. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, “Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 424). En otro orden de cosas, de aceptarse la tesis de la vinculación que se expone en el texto, los herederos tendrían “algo así como una codisposición, una facultad de asentir; habrán adquirido, en definitiva, algo, en contra con lo propugnado de que la partición nada transmite de presente” (DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, “Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 424).

²⁸⁶ Ni aún el heredero forzoso está cierto de sus derechos por cuanto que el testador puede desheredarlo si media justa causa (cfr. art. 848 y ss. Cc.).

²⁸⁷ A pesar de que, en teoría, la vinculación entre el testador y los herederos, dotaría a la partición de unas garantías y unas expectativas que de otro modo no tendrían lugar –el heredero sabe que “si al morir el testador subsiste la institución, y en la misma cuota o en una cuota no esencialmente distinta, habrá de recibir los bienes que en la partición se le hayan adjudicado”– (cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., p.

5.3.4 La partición por testador como negocio jurídico distributivo. Conclusión

Así las cosas, y a la vista de que no resulta apropiado concebir la partición que el testador –en nuestro caso, serían los testadores– realizan fuera de un testamento como una donación –la partición vendría a cumplir una finalidad que ya cubre otro negocio jurídico– ni como un contrato particional –no le sería aplicable el régimen de los contratos– parece que lo más adecuado es entender, con la opinión mayoritaria actual en el ámbito del Código civil, que cuando el legislador permite que la partición se realice “*por acto entre vivos*” se está refiriendo a un negocio jurídico de distribución de bienes cuya diferencia con la partición testamentaria es el vehículo formal en el que se contiene: en un documento al margen del testamento²⁸⁸. Así pues, y al igual

528), con palabras de SANCHO cabe afirmar que: “el resultado del meritorio estudio de González Enríquez es un poco precario: ¿de qué sirve la vinculación e irrevocabilidad de la partición si el testador, revocando unilateralmente el testamento que le sirve de base, puede revocarla indirectamente?” (“Partición de herencia”, cit., p. 530 y nota 19). Por otra parte, reconociendo que la partición “*por acto entre vivos*” del Código civil no constituye un contrato particional vid., más recientemente, la sentencia de 23 de febrero de 1999 (RJA. nº 1.851) comentada por ESPEJO LERDO DE TEJADA en “Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999”, *ADC.*, tomo LIII-I, enero-marzo, 2000, pp. 269-295.

²⁸⁸ Cabe señalar ahora otros dos argumentos que justifican tal tesis. En primer lugar, la interpretación sistemática de los artículos 1.056 Cc. y 1.057 Cc.: en ambos se utilizan términos similares, “*por acto entre vivos*” y “*por última voluntad*” el primero de los preceptos citados, y “*por acto inter vivos o mortis causa*” el citado en segundo lugar. Si resulta unánime el entendimiento de que las expresiones del artículo 1.057 Cc. hacen referencia al nombramiento de un contador-partidor en el mismo testamento o en un documento al margen de él (vid., por todos, DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 427; y LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., pp. 117 y 118), no se comprende por qué habrían de mantenerse consecuencias diferentes en el precepto anterior, teniendo en cuenta que el Código civil no utiliza siempre los términos *inter vivos*, *mortis causa* y *última voluntad* en su sentido estricto, y pudiendo justificarse además que los términos de los artículos 1.056 y 1.057 Cc. no sean idénticos, aun cuando hagan referencia a una misma realidad, por el interés del legislador en cuidar el estilo, evitando la reiteración terminológica. En segundo lugar, cabe apuntar que la referida interpretación coincide con la que GARCÍA GOYENA realizaba de los artículos 899 y 900 del Proyecto de 1851: preceptos que constituyen el antecedente de los artículos 1.056 y 1.057 Cc.

que sucede en la LDCG., se puede concluir que la indicada modalidad de partición sería un negocio que carece de virtualidad dispositiva alguna – necesariamente ha de apoyarse en un acto dispositivo testamentario (cfr. arts. 1.056 Cc. y 157 LDCG.)– cuya función propia vendría constituida por la determinación de los bienes concretos de la herencia que se han de adjudicar a cada uno de los coherederos de acuerdo con las cuotas de disposición. Aserto que permite colegir lo siguiente: si según hemos expuesto, la función de la partición, ya esté contenida en un testamento o efectuada en un documento al margen de él –“*por acto entre vivos o por última voluntad*” según la terminología del artículo 1.056 Cc.– consiste en distribuir los bienes entre los herederos –es un negocio jurídico de distribución de carácter determinativo–, el negocio jurídico particional no resulta un título hábil para atribuir la condición de heredero ni para deferir la herencia de una persona (arg. *ex* arts. 658 Cc. y 117 LDCG. *a sensu contrario*).

5.4 Notas peculiares del negocio jurídico particional. Su carácter formal, *mortis causa*, de última voluntad, y su unilateralidad o bilateralidad.

5.4.1 Introducción

Precisado que, tanto en la Ley de Derecho Civil de Galicia como en el Código civil, la partición que efectúa el testador constituye un negocio jurídico distributivo a través del cual determina los bienes de su herencia entre los herederos, nos detendremos ahora a estudiar otras características que reviste dicho negocio. Siendo ello así, adelantamos que lo que se trata de hacer aquí es avanzar algunas precisiones sobre los caracteres del negocio jurídico particional que servirán de base para analizar más adelante distintas cuestiones que afectan a la partija. Es por ello por lo que algunas de las siguientes consideraciones se mueven, como se verá, en la línea de principios generales.

Así las cosas, cabe resaltar desde ahora que la partición conjunta puede ser calificada como un *negocio jurídico formal, mortis causa y de última*

*voluntad*²⁸⁹; notas que a continuación examinaremos separadamente. Tras ello terminaremos el presente apartado con el examen de la unilateralidad o bilateralidad de la partición dando respuesta a la segunda cuestión a que antes nos hemos referido.

5.4.2 Su carácter formal

Según hemos expuesto, la partición conjunta tiene carácter *formal*. Carácter que se puede deducir de modo explícito del texto del artículo 157.1 LDCG. en el que, con referencia a la partición por testador realizada individualmente –aplicable también a la efectuada de modo conjunto–, se apunta que aquélla se puede hacer “*en el propio testamento o en otro documento*”. Asimismo, el apartado segundo del citado precepto, en el que se permite a los cónyuges que efectúen la partición de modo conjunto “*en un solo documento aunque testasen por separado*”, también pone de manifiesto –aunque de forma velada– el carácter formal a que nos referimos. Por tanto, el testamento u otro documento distinto de aquél vienen a ser las formas que ha de revestir la partición²⁹⁰.

²⁸⁹ Las tres notas que a continuación se examinan, también resultan referibles a la partición por testador realizada de modo individual.

²⁹⁰ Según resalta ALBALADEJO (*El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 68) “todo negocio tiene una forma, porque de alguna manera han de realizarse los elementos que lo compongan; siendo precisa al negocio, como mínimo, una declaración de voluntad, es evidente que el negocio, al menos, tiene la forma de la declaración de voluntad (verbal, escrita, etc.). En este sentido todos los negocios son formales”. Cuestión distinta a la expuesta es la diferencia que existe entre los negocios no solemnes –pueden celebrarse en cualquier forma– y los negocios solemnes –requieren una forma determinada–. Siendo ello así, a nuestro modo de ver, no resulta del todo acertada la identificación de negocio jurídico formal con negocio jurídico solemne, aun cuando, como ha reconocido ROCA SASTRE (“La forma en el negocio jurídico”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 85 y ss.), retomando una idea de VON THUR (*Tratado de obligaciones*, tomo I, Madrid, 1934, p. 168), ése sea el concepto técnico de forma que utiliza el Código civil. Sobre el carácter anfibológico de la forma, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp 277 y ss., y DORAL y DEL ARCO, *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982, pp. 395 y ss.

5.4.3 Su carácter *mortis causa* y de última voluntad

Como decíamos, la partición conjunta tiene asimismo carácter *mortis causa* y de última voluntad. Pues bien, aun cuando estas expresiones no son definidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia ni por el Código civil, para analizar tales caracteres en relación con la partición se puede acudir a alguna de las construcciones doctrinales elaboradas sobre ellas²⁹¹.

De entrada, es preciso resaltar que el Código civil está construido sobre la tradicional distinción entre los actos o negocios *inter vivos* y los actos o negocios *mortis causa*²⁹². Sin embargo, aun cuando tal división sea la que late en el Código, éste resulta lo suficientemente abierto como para admitir otros tipos de negocios. En este sentido, la doctrina no duda en reconocer que, en la actualidad, tal división ha sido superada²⁹³.

²⁹¹ Según es sabido, en el Código civil no hay una delimitación precisa de los términos *mortis causa* y de última voluntad. Tal ausencia ha facilitado, como apunta DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, que: “en la práctica –sea– frecuente que se empleen como sinónimas las expresiones acto *mortis causa*, acto de última voluntad y testamento, debido a que éste, que es un acto de última voluntad, parece ser, en la terminología del Código civil, la única manifestación de los actos *mortis causa*, al establecer el propio Código que la delación hereditaria se efectuará por testamento y, en su defecto, por la ley, y al prohibirse, en general, los pactos sucesorios, que son actos *mortis causa* (así arts. 1.271, 816, 919). Sin embargo, las tres citadas expresiones no son equivalentes” (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., pp. 400-402). En términos parecidos se pronunció con anterioridad JORDANO BAREA (cfr. “Teoría general del testamento”, cit., p. 432).

²⁹² Sobre la distinción entre los negocios jurídicos *mortis causa* e *inter vivos*, vid. la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272); y entre la doctrina: ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 68-70 y FLUME, *El negocio jurídico* (trad. de Miquel González y Gómez Calle), 4ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 185 y ss. Vid. también el interesante análisis que sobre los criterios de delimitación de los actos *inter vivos* y *mortis causa* realizan LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 319 y ss.) y que han sido retomados por ESPEJO LERDO DE TEJADA en *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Secretariado de publicaciones, Sevilla, 1999, pp. 99 y ss.

²⁹³ A modo de ejemplo, JORDANO BAREA (“El testamento”, *RDN.*, nº 37-38, julio-diciembre, 1962, pp. 60 y 63) señala que “la contraposición sistemática acto *inter vivos*-acto *mortis causa* no se justifica”. Los conceptos citados están “colocados en planos diversos,

En efecto, junto con los tradicionales actos y negocios *inter vivos* y *mortis causa*, se reconoce la existencia de otros que, configurándose como *inter vivos*, tienen en cuenta la muerte como uno de los elementos esenciales del negocio –no el único–, sin que por tal motivo hayan de ser calificados como *mortis causa*²⁹⁴.

Expuesto lo anterior, ahora se trata de concretar qué son los negocios *mortis causa*. A este respecto, y de acuerdo con DÍEZ-PICAZO, hemos de afirmar que, aunque comúnmente se entiende en un sentido genérico que los negocios *mortis causa* son aquellos en los que el móvil determinante para su celebración es la contemplación o la consideración de la propia muerte (*causa mortis*), en un sentido más técnico, ello no resulta del todo exacto. En efecto, la *contemplatio mortis* no resulta suficiente para la calificación de un negocio como *mortis causa*. Es necesario que el negocio en cuestión se dirija a

faltos de toda homogeneidad: la calificación *inter vivos* se refiere al plano de los sujetos y al modo de ser de los efectos del acto con relación a los mismos sujetos; la calificación *mortis causa* se refiere, en cambio, al elemento objetivo-funcional del acto”.

²⁹⁴ Como indica FLUME, en tales negocios “nadie dispone sobre su esfera jurídica para el tiempo posterior a su muerte, sino que la muerte es solamente un dato de la reglamentación jurídica negocial, que ha sido establecido por las partes contratantes por su actual competencia respecto de la relación jurídica a regular. Por eso (..) el negocio jurídico *inter vivos* constituye ya con su celebración una relación jurídica, aunque los derechos que se constituyan por el negocio puedan también estar aplazados o condicionados por la muerte” (FLUME, *El negocio jurídico*, cit., pp. 189 y 190). En coherencia con lo anterior, el elemento de la muerte puede ser tenido en cuenta en los negocios *inter vivos*: bien porque dichos negocios se concluyen eventualmente con vistas a la muerte; bien porque algunos efectos accidentalmente se verifican tras ésta; o bien porque la muerte se pone como tope inicial o final de los efectos (cfr. ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, cit., p. 69). Así, ALBIEZ DOHRMAN (*Negocios atributivos post mortem*, cit., pp. 20 y ss.) considera que en los actos *inter vivos* con eficacia *post mortem*, la muerte no constituye la razón de ser ni el origen o la causa de la atribución patrimonial. Asimismo, tampoco la muerte “decide el momento a partir del cual tiene lugar la atribución, pues en tales negocios la atribución ya se ha producido en vida del disponente”, aun cuando sólo sea definitiva después de la muerte. A la vista de lo expuesto, se colige que estos actos constituyen, en fin, un *tertium genus* en la clásica distinción *inter vivos-mortis causa*.

reglamentar el destino *post mortem* del patrimonio y de los bienes del autor del negocio o de otras relaciones jurídicas, ya que la indicada es la función propia de los negocios de tal categoría²⁹⁵.

Por tanto, siendo lo esencial para calificar unos actos o negocios como *mortis causa* que se dirijan a establecer y regular el destino *post mortem* de los bienes y demás relaciones jurídicas del autor del negocio, cabe afirmar que la partición conjunta goza de tal característica. Y ello porque, como hemos visto, la función de la partición consiste en determinar la disposición, realizada en nuestro caso por los causantes en uno o varios testamentos, en los que disponen “*para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos*” (cfr. art. 667 Cc.)²⁹⁶. Por tanto, la figura que comentamos se dirige a concretar para después de la muerte la disposición de los bienes efectuada por los testadores.

Expuesta la anterior distinción, y determinado el carácter *mortis causa* de la partición conjunta, es preciso indicar que un subgrupo dentro de los actos y negocios *mortis causa* lo constituyen los de última voluntad. La característica esencial de este tipo de actos es que contienen la última voluntad del causante y por ello son esencialmente revocables, a diferencia de lo que sucede con otros actos *mortis causa* no de última voluntad: por ejemplo el contrato sucesorio. Esta nota de la revocabilidad permite conseguir que la voluntad manifestada en el acto en cuestión coincida con la última voluntad del otorgante –de ahí la denominación de actos de última voluntad–²⁹⁷.

²⁹⁵ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 78. De igual forma, tampoco basta que la eficacia del negocio haya de desplegarse después de la muerte del declarante. En sentido parecido se había pronunciado anteriormente GIAMPICOLO (*Il contenuto atípico del testamento*, Milán, 1954, p. 41).

²⁹⁶ Así las cosas, también es posible que a un negocio jurídico *mortis causa* vaya unido otro *inter vivos*. En tal caso, cada uno de ellos se regirá por sus propias reglas. De la misma forma, y según se ha dicho, en un testamento se pueden englobar disposiciones que no son propiamente *mortis causa*; por ejemplo, el reconocimiento de un hijo (cfr. art. 120 Cc.).

²⁹⁷ De lo referido en el texto, se puede colegir que un negocio de última voluntad es distinto de un negocio *mortis causa*. La relación entre ambos es de género-especie: el negocio *mortis causa* es el género y el de última voluntad la especie, de tal modo que todo negocio de

Pues bien, así las cosas, se puede afirmar que la partición conjunta realizada por los testadores, tanto la elaborada “*en el propio testamento*” como la efectuada “*en otro documento*” (cfr. art. 157 LDCG.), tiene las características a que nos referimos: es un negocio jurídico *mortis causa* y de última voluntad.

5.4.4 En torno a la unilateralidad o bilateralidad de la partición conjunta

A) Introducción

Tras la exposición de algunas características referibles al negocio jurídico particional –su carácter formal, *mortis causa* y de última voluntad–, en el presente epígrafe trataremos de dar respuesta a la segunda de las cuestiones apuntadas páginas atrás que, recordemos, consistía en la determinación de si la partición conjunta es un negocio jurídico de distribución unilateral o bilateral habida cuenta de la intervención de los dos cónyuges.

Antes de contestar a la cuestión enunciada, parece oportuno recordar que la unilateralidad o bilateralidad de la partición son características que se mueven en un plano diferente al de la unipersonalidad o pluripersonalidad de la misma²⁹⁸. En efecto, mientras que estas últimas se refieren al número de personas que pueden intervenir en un negocio, las primeras remiten a la estructura del mismo: al número de partes existentes. La unipersonalidad hace referencia, por tanto, a que sea una sola persona la que realiza el negocio de que se trate, mientras que la unilateralidad o bilateralidad remite a la existencia de una sola parte o varias; y ello, con independencia de que no sea

última voluntad será *mortis causa*, pero no todo negocio *mortis causa* será de última voluntad; p.ej., el contrato sucesorio (cfr. art. 129 LDCG.).

²⁹⁸ A favor de diferenciar y distinguir la unipersonalidad y la unilateralidad, cfr. JORDANO BAREA, “El testamento”, cit., p. 96 y ALBALADEJO, “Comentarios al artículo 669 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. I-A, Edersa, Madrid, 1990, p. 105. En contra: VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, cit., pp. 78 y 79.

una sola persona la que conforme cada una de las partes. Así, en un negocio unilateral, la declaración o declaraciones de voluntad provienen de una sola parte que puede estar formada por varias personas²⁹⁹.

Ello expuesto, y por lo que respecta a la calificación de la partición conjunta como negocio unilateral o bilateral, se hace preciso distinguir: por un lado, si la partición conjunta realizada por los cónyuges es con objeto unitario o con objeto separado, y por otro, si es correspectiva o no. Por tal motivo, veremos separadamente tales supuestos.

B) La conjuntividad respecto del objeto: la partición conjunta con objeto unitario y la partición conjunta con objeto separado

Como ya hemos avanzado, junto con la conjuntividad sustantiva y la conjuntividad formal –notas características de la partición conjunta– existe una tercera dimensión respecto de la conjuntividad: la referida al objeto de la partición. Así, bajo la rúbrica de “*partición conjunta efectuada por los cónyuges*” de común acuerdo y en un mismo documento –conjuntividad sustantiva y formal–, en la Ley de Derecho Civil de Galicia es posible referirse a dos modalidades de partija distintas atendiendo a la conjuntividad en el objeto: la partición conjunta con objeto unitario –que, en adelante, denominaremos como partición unitaria– y la partición conjunta con objeto separado, según se organice la sucesión de modo conjunto o separado³⁰⁰; esto es, según se haga una masa con los bienes de ambos –conjuntividad respecto

²⁹⁹ De acuerdo con lo expuesto en el texto, un negocio bilateral será aquel en el que la declaración de voluntad proviene de dos partes diferentes, aunque los partícipes sean más de dos. Por otro lado, hemos de precisar que, con LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. III, cit., p. 232), entendemos que parte negocial es “la persona o personas que polarizan un interés jurídico actuado en el negocio, contrapuesto a otro u otros”.

³⁰⁰ Esta distinción, puesta de relieve hace ya tiempo por ALBA PUENTE (“Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 244 y ss.), ha sido recogida en los artículos 276 y ss. de la Propuesta para la reforma de la LDCG. (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., pp. 2429 y 2430).

del objeto–, o, por el contrario, se mantenga la independencia de los patrimonios de los cónyuges –ausencia de conjuntividad respecto del objeto–³⁰¹.

La primera de estas dos modalidades de partición conjunta, la que hemos denominado como partija unitaria, se caracteriza porque los cónyuges acuerdan organizar su sucesión de modo conjunto; es decir: hacen un *totum* con los bienes de ambos –con independencia de su origen– y posteriormente los distribuyen de la manera que estimen conveniente. Así pues, en esta modalidad de partición nos encontramos con que los cónyuges realizan de común acuerdo y en un mismo documento –testamentario o no testamentario, aunque, en todo caso, dicho documento ha de traer causa de un acto dispositivo testamentario (cfr. art. 157 LDCG.)– la partición de ambas herencias haciendo una masa común con los bienes de ambos, sin tener en cuenta el origen de los mismos: ya sea ganancial, ya privativo.

A la vista de lo anterior, se puede colegir que esta primera modalidad de partición que comentamos tiene –a nuestro modo de ver y a pesar de que en ella intervengan dos personas– carácter unilateral. Lo que se justifica, en nuestra opinión, en que ambos cónyuges se encuentran en una misma parte, actúan *ex uno latere* y de común acuerdo para la determinación de los bienes que le corresponden a los terceros instituidos³⁰².

³⁰¹ Las modalidades de partición a que aludimos en el texto constituyen las modalidades esenciales de partición conjunta: las demás posibilidades, según haya una mayor o menor conjuntividad en el objeto, constituyen variaciones respecto de aquéllas.

³⁰² En el capítulo sexto analizaremos con detalle algunos problemas que presenta esta modalidad de partición a los que es preciso dar solución, tales como lo que sucede con los legitimarios, si pueden reclamar o no su legítima fallecido sólo uno de los cónyuges, u otros similares. Asimismo, y según veremos, también resulta muy útil completar esta partija unitaria con una serie de pactos entre los cónyuges que garanticen la efectividad de la misma, tales como la atribución del usufructo universal de viudedad para el cónyuge supérstite (cfr. arts. 118 y ss. LDCG.), la prohibición de ejecutar la partición en vida de éste (cfr. art. 1.051 Cc.), u otros parecidos.

Por lo que respecta a la segunda modalidad de partición conjunta –la partición con objeto separado–, ésta se caracteriza porque en ella los cónyuges organizan su sucesión de manera diferenciada; es decir: en esta partición los cónyuges no hacen un *totum* con los bienes de ambos sino que los parten de modo independiente pero en un mismo documento. Este supuesto constituye un caso intermedio entre una partición unitaria efectuada por los cónyuges – en la que parece que pensaba el legislador al regular la figura de la partición conjunta– y dos particiones individuales realizadas en documentos independientes pero de forma coordinada. En efecto, en este tipo de partición conjunta las distribuciones se realizan en un mismo documento pero de modo separado; esto es, sin hacer una masa común con los bienes de ambos.

Junto con ello, y a diferencia de lo que sucedía en la modalidad de partija conjunta a que anteriormente nos hemos referido, la partija conjunta con objeto separado tiene carácter bilateral habida cuenta de que no hay una única voluntad particional: los dos cónyuges emiten de manera separada su voluntad particional –cada uno sobre sus bienes– y la vierten en un mismo documento³⁰³.

Así las cosas, y en atención a que la calificación de la partición conjunta como negocio unilateral o bilateral depende no sólo de la conjuntividad respecto del objeto, sino también del carácter correspectivo o no de las cláusulas de la misma, a continuación nos referiremos a dicho fenómeno, aun cuando su examen detallado se efectúe en el capítulo sexto del presente trabajo.

C) La correspectividad

Como es conocido, la correspectividad remite la eficacia de las disposiciones *mortis causa* de un otorgante a las del otro: supone una

³⁰³ En esta modalidad de partición la liquidación de la sociedad conyugal juega un papel fundamental de cara a su eficacia: no se realiza una masa común con los bienes, sino que se separan de forma nítida los patrimonios de los cónyuges, que luego se reparten de modo separado.

dependencia en la eficacia a la que el legislador le une la limitación a la esencial revocabilidad de la misma. Es por ello por lo que la existencia de cláusulas correspectivas en la partición incide en el carácter unilateral o bilateral de la misma. En efecto, cuando existe correspectividad nos encontramos con dos partes que realizan unas determinaciones que están condicionadas al mantenimiento de las efectuadas por la otra parte³⁰⁴. La partición tendrá en estos casos ciertos tintes de bilateralidad, de tal modo que si la partición era unilateral se convertirá en bilateral, y si tenía tal carácter lo conservará³⁰⁵. En cambio, en los supuestos en que la partición no sea correspectiva, es decir, en los que la eficacia de las cláusulas de un testador no esté subordinada al mantenimiento de las cláusulas por la otra parte, la partición conjunta realizada por los cónyuges no modificará su carácter: si aquélla era unilateral continuará siéndolo, y si era bilateral se mantendrá bilateral; la ausencia de correspectividad no añade nada a la partición³⁰⁶.

³⁰⁴ Vid. la nota nº 740, sobre el carácter bilateral de la correspectividad en la LDCG.

³⁰⁵ La introducción de la correspectividad en la partición conjunta con objeto separado en nada modifica su carácter: la partición sigue siendo bilateral. No se convertirá en plurilateral por cuanto que lo único que introduce dicho fenómeno es la dependencia en la eficacia y no una nueva voluntad distinta de la de los dos cónyuges.

³⁰⁶ En el texto, hemos indicado que la calificación de un negocio como unilateral o bilateral dependía del número de partes existentes en el mismo, refiriéndonos en todo momento a los cónyuges. Siendo ello así, cuando examinemos la posible intervención de los coherederos en la partición –que será objeto de análisis en el capítulo cuarto–, veremos que su participación resulta posible pero no en concepto de parte, de modo que tal intervención no implica que la partición pase a tener carácter *bilateral* en los casos que sea *unilateral*. Ni tampoco que, en los supuestos en que tenga carácter *bilateral*, pase a ser *plurilateral*. En efecto, la intervención de estos terceros únicamente es posible al objeto de prestar su conformidad a la partición realizada por el testador o por los testadores, pero sin que tal intervención sea necesaria ni tenga carácter decisivo y vinculante para aquellos. Ello se debe, entre otras razones, a que los futuros beneficiarios aún no gozan de la condición de herederos y, por tanto, no están ciertos de sus derechos (cfr. art. 991 Cc.).

5.5 Recapitulación y conclusión

A modo de recapitulación de lo hasta ahora expuesto, cabe resaltar que la partición conjunta efectuada por los cónyuges testadores al amparo de los artículos 157 y 158 de la LDCG., cualquiera que sea el cauce formal en el que se efectúe –en testamento o en otro documento, o lo que es lo mismo “*por acto entre vivos o por última voluntad*” según la terminología del Código civil–, constituye un negocio jurídico de distribución de bienes que trae causa de un acto dispositivo testamentario y cuya eficacia remite a la muerte. Además, el indicado negocio jurídico, que no puede ser asimilado a la donación ni a un contrato particional efectuado entre el testador o testadores y los coherederos, mantiene el carácter unilateral o bilateral en aquellos casos en que no existan cláusulas correspectivas, e introduce ciertos tintes de bilateralidad cuando sí haya cláusulas recíprocamente condicionadas.

Señaladas las características de la partición conjunta en la LDCG. a continuación trataremos de determinar si dicha figura es admitida en el Código civil, Cuerpo legal en el que no se regula expresamente. La razón de que efectuemos el mencionado análisis reside en que el examen detenido de los preceptos del Código civil que la partición conjunta eventualmente pudiera contravenir –Cuerpo legal de carácter supletorio *ex art. 3 LDCG.*– complementará las características de la partición a que nos hemos referido.

VI. LA ADMISIBILIDAD DE LA PARTICIÓN CONJUNTA EN EL RÉGIMEN DEL CODIGO CIVIL

6.1 Preliminar: las opiniones doctrinales en torno a la admisibilidad de la partición conjunta en el Código civil

Según hemos expuesto, en el Código civil no existe ningún precepto que específicamente se refiera a la partición conjunta, a diferencia de lo que sucede en la Ley de Derecho Civil de Galicia donde se regula de forma expresa (cfr. arts. 157 y 158)³⁰⁷. Esta ausencia de referencia específica ha

³⁰⁷ En algunos regímenes de Derecho foral se regulan figuras con las que se pueden conseguir efectos en cierto modo similares a los de la partija conjunta. Vid., a modo de

determinado que, a excepción de algún autor, la doctrina del Código civil no haya dedicado atención a esta figura, a sus ventajas e inconvenientes o a su posible régimen.

Así las cosas, los pocos autores que han estudiado la partición conjunta mantienen opiniones encontradas en torno a la cuestión de su admisibilidad o no en el citado Cuerpo legal. En efecto, una parte de tal doctrina, cuya opinión comparto, considera que se puede acudir a la partición conjunta a pesar de no estar regulada en el Código civil. Otros autores, en cambio, consideran que la partición conjunta contradice algunos preceptos imperativos del Código civil, y, por ello, no resulta admisible su realización en el marco del citado Cuerpo legal.

Los autores que conforman el primero de los sectores doctrinales indicados –VALLET³⁰⁸, DE LA CÁMARA³⁰⁹, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN³¹⁰, así como LACRUZ y SANCHO³¹¹, entre otros– se apoyan fundamentalmente en una serie

ejemplo, los artículos 102 y ss. de la LS. de Aragón que regulan el testamento mancomunado; los artículos 148 y siguientes del CSCM. de Cataluña, que regulan las disposiciones fiduciarias; y las leyes 199 y siguientes y 289 y siguientes del FN. de Navarra que contienen la regulación del testamento de hermandad y la institución de herederos de confianza, respectivamente.

³⁰⁸ Cfr. “Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 135.

³⁰⁹ Cfr. “Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 2478. De todos modos, este autor es más partidario de la viabilidad de dos particiones coordinadas que de una partición conjunta, tal y como la entendemos en este trabajo.

³¹⁰ Cfr. *Sistema de Derecho civil*, tomo IV, cit., pp. 544 y 545.

³¹¹ Estos autores escriben que “es admisible la partición hecha conjunta o combinadamente por los dos cónyuges en cuanto a los bienes comunes, con tal que responda a sendos testamentos y se refleje en ellos simultáneamente. Más discutible es si cabría la partición por el testador de los bienes comunes mediante acto de los llamados *inter vivos* y conjunto de ambos cónyuges: se puede precisar que, en tal caso, no se da la mancomunidad prohibida por el artículo 669, porque los cónyuges no *testan* en sentido estricto, y la prohibición ha de interpretarse restrictivamente. Es favorable a la posibilidad de partición

de argumentos que son, básicamente, de corte negativo. En particular, estiman que es posible que se realicen particiones conjuntas al amparo del Código civil puesto que no se trata de una figura prohibida expresamente; no contraviene el régimen sucesorio establecido en el mismo –en concreto, los artículos 667, 669 y 670 Cc.–; y la eficacia de la partición conjunta no se ve obstaculizada por lo que disponen los artículos 737, 1.375 y 1.379 del mismo Cuerpo legal. Junto con ello, los partidarios de esta opinión resaltan también las ventajas de que goza la partija realizada de forma conjunta y su utilidad práctica³¹².

Sin embargo, el otro sector de la doctrina que hemos mencionado, que resulta un tanto minoritario, entiende que la partición conjunta contradice algunos de los preceptos anteriormente citados –especialmente, los artículos 669 y 670 Cc.– por lo que no sería posible su realización en el marco del Código civil. Con fundamento en tales artículos, los principales defensores de esta tesis –DE LOS MOZOS³¹³, MONEDERO GIL³¹⁴ y REINO CAAMAÑO³¹⁵– se

conjunta o combinada la opinión de De Diego y, después, la de Roca Sastre, a la que se opone, con razones discutibles, la sentencia de 20 de mayo de 1965” (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 133). Por su parte, GÓMEZ MORÁN admite la partición conjunta en un estudio realizado, en su mayor parte, sobre la jurisprudencia francesa (“Testamento-partición”, cit., p. 611). Este autor no se refiere expresamente a la admisibilidad en el Código civil español de la figura a que nos referimos, aunque implícitamente se puede entrever su opinión favorable en las pp. 611-618.

³¹² Mantiene una posición indecisa RODRÍGUEZ ADRADOS, quien, tras reconocer la utilidad de la partición conjunta –“la posibilidad de hacer la partición ambos cónyuges en un solo acto *inter vivos* daría a esta forma de partición una gran utilidad, que no puede lograrse con la otra variedad de partición del causante, la hecha en testamento, por el carácter unipersonal del testamento en Derecho común”–, alberga dudas sobre su encaje en el Código: “en mi opinión –escribe el citado autor– ello es posible, aunque no sea doctrina segura” (RODRÍGUEZ ADRADOS, “La partición hecha por el testador”, cit., pp. 226 y 227).

³¹³ Escribe DE LOS MOZOS (“La partición de herencia por el propio testador”, cit., pp. 211 y 212) que “es de observar que la partición del testador ha de ser personal, como el testamento mismo, no caben, por tanto, particiones *conjuntivas*, aunque sean entre cónyuges, para que sean propiamente tales, como las admitidas por la jurisprudencia francesa, bajo la forma de *donation-partage*; sí es posible en cambio alcanzar los mismos efectos prácticos

oponen a la admisibilidad de la partición conjunta en dicho Cuerpo legal. Junto con esta posible contravención de los citados preceptos, también cabe atribuirle a la partición conjunta algunos inconvenientes que tendremos ocasión de examinar a continuación: la posibilidad de que sea revocada unilateralmente en cualquier momento o la ausencia de regulación en el Código.

mediante testamentos y particiones unilaterales, pero que naturalmente, no tienen aquel carácter”.

³¹⁴ Entiende MONEDERO GIL (“La partición practicada por el testador”, cit., p. 526) que “la partición hecha conjuntamente por los cónyuges (..) podría reputarse como contraria a la prohibición contenida en los artículos 669 y 670 del Código”.

³¹⁵ REINO CAAMAÑO escribe, en relación con la partición, que: “se busca también en otras ocasiones realizando conjuntamente la partición de los bienes del marido y la mujer. En un solo documento, relacionando en él hasta sin distinción lo propio de cada uno y lo ganancial del matrimonio, se van adjudicando bienes a los herederos para dejar por ese camino divididos entre ellos cuanto hayan de recibir por la ley reguladora de la sucesión. Se quiere así salvar la dificultad para cada testador de liquidar la sociedad de gananciales y obrar de común acuerdo en la elección del hijo que deba continuar con la casa petrucial y el grueso de la labranza. Se ha creído, sin duda, que nada impide comprender en un mismo cuaderno la partición de varias herencias. Pero esto que no tiene dificultades cuando ellas están ya causadas, las ofrece gravísimas cuando son los mismos testadores los que hacen la partición. No parece que un acto así, conjunto, que ha de tomar valor del testamento de cada esposo, sea compatible con la doctrina de los artículos 669 y 670 ni se corresponde con la del 831 del Código Civil. Y sin separar debidamente el capital de cada testador, sin liquidar separadamente su herencia, la muerte de uno de ellos, hace incomprensible la obra e inaplicable el artículo 1.068 del Código. No se sabe lo que se adquirió ya definitiva, singular y exclusivamente por cada interesado”. REINO CAAMAÑO, “Del artículo 1.056 el Código Civil”, *Foro Galego*, nº 67, enero-febrero, 1950, Colegio de Abogados de A Coruña, A Coruña, pp. 31 y 32.

6.2. Argumentos en torno a la admisibilidad o no de la partición conjunta en el Código civil

6.2.1 Preliminar

Una vez esbozadas las opiniones doctrinales existentes en torno a la admisibilidad o no de la partición conjunta en el Código civil, seguidamente examinaremos de modo particular los argumentos que se han esgrimido tanto para admitir como para rechazar su encaje en el citado Cuerpo legal. Así las cosas, en primer lugar analizaremos si la partición conjunta contraviene o no los artículos 669 y 670 del Código civil, para detenernos a continuación a considerar si los artículos 737, 1.375 y 1.379 Cc. suponen un obstáculo para la partición conjunta. Terminaremos con el análisis de otras dos cuestiones más generales: cómo afecta la ausencia de regulación específica a la partición conjunta y la relación de ésta con el principio de economía procesal.

6.2.2 El artículo 670 del Código civil y el carácter personalísimo del testamento

Es opinión común entender que en los artículos 667 y 670 del Código civil se recogen las notas peculiares del testamento. En concreto, por lo que se refiere al carácter personalísimo del mismo, el artículo 670 Cc. dispone que *“el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”*³¹⁶.

³¹⁶ Comentando el artículo 558 del Proyecto de 1851 –antecedente del actual artículo 670 Cc.–, ya GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo II, cit., pp. 14 y 15) consideraba que la partición no supone una vulneración del carácter personal del testamento al tratarse de la mera ejecución de la voluntad dispositiva contenida en él, haciendo una clara distinción entre lo dispositivo –institución de heredero, formación del testamento, designación de cantidades– y lo meramente distributivo –“el repartimiento”–.

Así las cosas, y al objeto de determinar si la partición conjunta efectuada por los cónyuges contradice el carácter personalísimo del testamento, conviene resaltar que el motivo que fundamenta dicha característica –que se extiende no sólo a las declaraciones de contenido patrimonial, sino también a lo que se ha llamado contenido atípico del testamento³¹⁷– reside en que el testamento es un acto de voluntad de tal importancia –la disposición de los propios bienes para después de la muerte (cfr. art. 667 Cc.)– que su elaboración no puede dejarse al arbitrio de un tercero. De acuerdo con ello, el Código civil establece que tal voluntad no es delegable (cfr. art. 670 Cc.)³¹⁸. Lo más que se permite en la fase de redacción del testamento es acudir a un tercero en busca de consejo, o admitir que éste elabore materialmente el testamento siguiendo las indicaciones del testador (cfr. art. 695 Cc.), siempre y cuando el testador, posteriormente, asuma como propia tal disposición de bienes. Lo anterior no impide que sea posible, en todo caso, delegar la ejecución del testamento –que se realiza una vez fallecido el testador (cfr. arts. 657 y 661 Cc.)– en un tercero (cfr. *ad ex.* arts. 671 Cc. ó 1.057 Cc.).

Expuesto el fundamento del carácter personalísimo del testamento, es preciso resaltar que la doctrina, ante el claro mandato contenido en el artículo

³¹⁷ Cfr. OSSORIO SERRANO, “Comentarios al artículo 670 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. I-A, Edersa, Madrid, 1990, pp. 120 y 121. Este contenido anómalo del testamento, siguiendo la clasificación de JORDANO BAREA (“Teoría general del testamento”, cit., pp. 436-438), vendría constituido por las declaraciones típicas o previstas por la ley, como, por ejemplo, la rehabilitación del indigno (art. 757 Cc.) o las disposiciones sobre funerales y sufragios (art. 902.1 Cc.), y por las disposiciones atípicas o no previstas por la ley, como pueden ser, por ejemplo, las disposiciones sobre la suerte de la correspondencia, el epistolario y las memorias del difunto.

³¹⁸ A este respecto, escribe MANRESA que “cualquier otro que en su lugar se colocase –del causante– y en su nombre ordenara la disposición testamentaria del mismo, no se encontraría en igualdad de circunstancias que aquél” (*Comentarios al Código civil español*, tomo V, 6ª edición revisada por Marín Pérez, Reus, Madrid, 1951, p. 417). Como escribe OSSORIO SERRANO, “en definitiva, se quiere evitar que el testamento deje de ser un acto de voluntad de su autor (causante de la sucesión), convirtiéndose en uno debido a la voluntad, total o parcial, de otra persona” (“Comentarios al artículo 670 Cc.”, cit., p. 116). Vid., también, el peculiar supuesto contenido en la STS de 8 de junio de 1918 (JC. tomo CXLIII nº 107).

670 Cc. y teniendo en cuenta, además, que el artículo 671 Cc. prohíbe la figura del testamento realizado por un comisario³¹⁹, no duda en reconocer de modo unánime que la característica del testamento a que nos referimos constituye una de las notas esenciales del mismo³²⁰. En efecto, dados los términos en los que se expresa el Código, no podía ser de otra manera. Del mismo parecer es el criterio jurisprudencial³²¹.

A la vista de lo anterior y respecto de la posible contravención por la partición conjunta del carácter personalísimo del testamento, se ha de apuntar que el Código civil únicamente hace referencia a dicha característica respecto del testamento. Por ello, no parece que se vulnere el citado carácter cuando la partición –acto meramente determinativo o ejecutivo– se realiza por los coherederos (cfr. art. 1.058 Cc.) o por un contador-partidor dativo (cfr. art. 1.057.2 Cc.). En tal sentido, creemos que si la partición es efectuada de forma conjunta por los cónyuges tampoco se vulnera el carácter personalísimo del testamento. Y ello porque la prohibición del artículo 670 Cc. únicamente se refiere al ámbito dispositivo o de institución. Así, en nuestro caso, los cónyuges que efectúan la partición conjunta de sus bienes son quienes han

³¹⁹ En relación con la prohibición del testamento por comisario, vid., por todas, las opiniones de GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (*Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, tomo I, Imprenta D. Vicente de Lalama, Madrid, 1843, pp. 252-255) y CELAYA IBARRA (“El testamento por comisario”, *ADC.*, tomo XXV-III, julio-septiembre, 1972, pp. 735-749). Y, en relación con los Derechos forales, vid. GARCÍA ORMAECHEA, “Testamento al arbitrio de un tercero”, *RGLJ.*, tomo CXL, 1922, pp. 351-354.

³²⁰ Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XII, 2ª edición revisada y puesta al día por Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1950, p. 133 y MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., p. 416. Son de similar opinión: OSSORIO SERRANO (“Comentarios al artículo 670 Cc.”, cit., p. 115) y ESPÍN (“Comentarios al artículo 670 Cc.”, en *VVAA., Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1686).

³²¹ Cfr., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1893 (JC. tomo LXXIV nº 5), 11 de abril de 1916 (JC. tomo CXXXVI nº 25), 31 de diciembre de 1931 (RJA. nº 2.333), 6 de mayo de 1953 (RJA. nº 1.631), 4 de mayo de 1956 (RJA. nº 1.960) y 20 de mayo de 1972 (RJA. nº 2.559). Cfr., también, la resolución de la DGRN. de 16 de noviembre de 1944 (RJA. nº 1.386).

realizado por sí mismos los respectivos testamentos, no perdiendo éstos su carácter de personalísimos³²².

6.2.3 El artículo 669 del Código civil y la unipersonalidad de la partición

En segundo lugar, otro de los argumentos esgrimidos en defensa de la admisibilidad de la partición conjunta en el Código civil estriba en considerar que ésta no vulnera –como algún autor ha sostenido³²³– lo establecido por el artículo 669 del Código civil que, como es conocido, recoge la prohibición de testar en forma mancomunada; prohibición que no era contemplada en la legislación anterior al Proyecto de 1851. Entonces, se admitía el testamento mancomunado ya que se creía que gozaba de ciertas ventajas de cara a la distribución de las herencias de los cónyuges³²⁴. Sin embargo, aun cuando en teoría dicha modalidad de testamento gozase de innumerables ventajas, su aplicación práctica puso de manifiesto los muchos abusos a que daba lugar, relacionados, fundamentalmente, con la cuestión de su revocabilidad³²⁵. Por

³²² De forma similar, aun cuando los artículos 747, 749 y 751 del Código civil parece que vulneran el carácter personalísimo del testamento, no sucede así: en tales preceptos no se hace referencia a un acto dispositivo sino a un acto “de mera ejecución de una voluntad ya manifestada” (cfr. ESPÍN, “Comentarios al artículo 670 Cc.”, cit., p. 1686).

³²³ Vid., REINO CAAMAÑO, “Del artículo 1.056 del Código civil”, cit., p. 32, y MONEDERO GIL, “La partición practicada por el testador”, cit., p. 46.

³²⁴ En relación con los antecedentes más remotos del testamento mancomunado vid. MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, tomo XII, cit., p. 144) y MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., p. 411); y, defendiendo una opinión contrapuesta, vid. GUTIÉRREZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo III, Imprenta D. F. Sánchez, Madrid, 1863, pp. 164 y 165), CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. II, 8ª edición revisada y puesta al día por Castán Vázquez y Montero-Ríos, Reus, Madrid, 1979, p. 138) y CUADRADO IGLESIAS (“El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la ley de 24 de diciembre de 1981”, *RDP.*, tomo LXVII, diciembre, 1983, pp. 1092-1094).

³²⁵ Otros problemas que puede presentar el testamento mancomunado son: la facilidad que en él existe en orden a la captación de la voluntad de un cónyuge por el otro, y que favorece la confusión de patrimonios (cfr. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., pp. 411 y 412). Refutando éstas y otras dificultades, vid. ESPÍN, “Comentarios al artículo

tal motivo, se fue creando un clima adverso tanto en la doctrina –que se opuso a su admisibilidad– como en la jurisprudencia –que fue incapaz de mitigar las desigualdades que originaba su uso– a causa de lo cual se introdujo la prohibición de testar en forma mancomunada en el referido Proyecto. Con tal precedente, el actual artículo 669 del Código civil prohíbe el testamento mancomunado disponiendo que “*no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero*”³²⁶.

Pues bien, expuesta de forma somera el origen y la regulación del artículo 669 Cc., el problema que la realización de una partición conjunta puede plantear respecto del citado precepto estriba en que, en ella, existe una pluralidad de personas que efectúan en un mismo documento la partición de sus bienes. Así, pudiera pensarse que la pluralidad de personas y la unidad documental de la partición conjunta contravienen lo dispuesto por el citado artículo: “*no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento...*”. Centrada, pues, la cuestión que será objeto de examen en este epígrafe, veamos si realmente se produce tal contravención.

669 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1683 y CASTIELLA RODRÍGUEZ, “El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 39, julio-septiembre, 2001, pp. 13-23.

³²⁶ No existe unanimidad en la doctrina en torno a la corrección del mantenimiento de la prohibición del testamento mancomunado en el Código civil. De un lado, se encuentran los partidarios de su prohibición: SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., p. 311), VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, cit., pp. 77-79), MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, tomo XII, cit., pp. 148-156), MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., pp. 410 y 411) y ALBALADEJO (“Comentarios al artículo 669 Cc.”, cit., p. 109). Y, de otro lado, nos podemos referir a algunos autores que han defendido este tipo de testamento, mitigando las dificultades recogidas por la doctrina: PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 212-216), CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. II, cit., pp. 164 y 165), CUADRADO IGLESIAS (“El testamento mancomunado...”, cit., pp. 1094-1097) y LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 5ª edición, cit., p. 324).

En principio hemos de afirmar que, según ha puesto de relieve la doctrina, para que un acto testamentario incurra en la prohibición a que se refiere el artículo 669 Cc. es esencial que tenga los siguientes requisitos: unidad de acto y de instrumento y pluralidad de personas, de tal modo que se defieran varias herencias en un mismo testamento³²⁷. Como se puede colegir, el requisito de la pluralidad de personas –“no podrán testar dos o más personas mancomunadamente”– contraviene el principio de la unipersonalidad del testamento establecido en el artículo 667 del Código civil: “acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”. En efecto, un instrumento donde testan y defieren su herencia una pluralidad de personas no cumplirá la característica de la unipersonalidad; característica esencial del testamento en el régimen del Código civil (arg. ex art. 667 Cc.)³²⁸.

Mas, por otra parte, es preciso indicar también que en el artículo 669 Cc. únicamente se hace referencia al acto de testar que cumpla los requisitos establecidos en el citado precepto. Así, en dicha norma se dispone que “no podrán testar –sólo se refiere al acto de testar– dos o más personas mancomunadamente”.

De las consideraciones anteriores se pueden extraer dos consecuencias. La primera: si la prohibición del artículo 669 Cc. únicamente afecta a los actos

³²⁷ Cfr. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., p. 413, y ALBALADEJO, “Comentarios al artículo 669 Cc.”, cit., pp. 103 y 104. Por otro lado, la doctrina se ha planteado si la unidad puramente material de los testamentos en un mismo documento constituye testamento mancomunado. A la solución a la que se llega es que, aunque se hallen ambos testamentos en un mismo documento, resulta necesario que exista unidad de otorgamiento, es decir, que se haya testado en acto único. De lo contrario estaremos ante los *testamenta merae simultanea*, según la terminología utilizada por LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 5ª edición, cit., p. 323); máxime, en los casos en que ambos testamentos sean ológrafos y separables (cfr., en el mismo sentido que los autores mencionados, ALBALADEJO, “Comentarios al artículo 669 Cc.”, cit., pp. 111-113).

³²⁸ Vid., en este sentido, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, cit., p. 7), ALBALADEJO (“Comentarios al artículo 669 Cc.”, cit., p. 103) y ESPÍN (“Comentarios al artículo 669 Cc.”, cit., p. 1684), entre muchos otros.

testamentarios que reúnan los requisitos que antes hemos mencionado, no se impide que se pueda recurrir a otros medios no prohibidos por el Código civil para obtener efectos similares a los que se consiguen con el testamento mancomunado. En este sentido, en vez de realizar un testamento de tal clase, se pueden otorgar dos testamentos individuales con disposiciones similares, ya que, por este cauce, cabe obtener efectos parecidos a los que se consiguen con un testamento mancomunado, sin incurrir en la prohibición del artículo 669 del Código civil.

Y la segunda consecuencia que se puede extraer de lo expuesto es que, como la prohibición únicamente afecta a los actos testamentarios –“no podrán testar dos o más personas mancomunadamente”–, si distinguimos, como hemos hecho, el acto de testar del acto de partir –que puede contenerse en un testamento o realizarse al margen de él–, sería posible admitir la figura de partición conjunta en el marco del Código civil. En efecto, dicha partición no incurriría en la prohibición del artículo 669 Cc. que únicamente se refiere al acto de testar. Además, tampoco contravendría el carácter unipersonal que el Código exige para el testamento (arg. *ex art.* 667 Cc.). Éste tendrá, en todo caso, la característica de la unipersonalidad, aun cuando la partija que de él traiga causa no la tenga; posibilidad que creemos se ha de admitir, ya que en ningún precepto del Código civil se exige que la partición que debe ser acorde con el acto dispositivo testamentario haya de cumplir necesariamente el requisito de la unipersonalidad exigida para el testamento por el artículo 667 Cc. En consecuencia, se puede concluir que la partición conjunta no vulnera tampoco el artículo 669 Cc.³²⁹.

³²⁹ Es de la misma opinión DE DIEGO, quien partiendo de que los cónyuges “no pueden testar en un solo acto, estando prohibido el testamento mancomunado (artículo 669 Cc.)” afirma que “para la división mancomunada no existe prohibición en el Código, y no es lícito generalizar o extender a otros casos no previstos preceptos prohibitivos o de excepción” (*Dictámenes jurídicos*, tomo III, cit., p. 615). De modo parecido se pronuncia VALLET, quien, con ocasión de comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1965 (RJA. nº 2.602), que declaraba la nulidad de una partición conjunta realizada fuera del testamento –“*por acto entre vivos*”, según la terminología utilizada por el artículo 1.056 Cc.– por contravenir el artículo 669 Cc., ha precisado que “debe objetarse a tan tajante afirmación que, partiendo de la separación de testamento y partición, es difícil poder aceptar que lo dispuesto para los testamentos mancomunados se extienda a una partición efectuada en acto *inter vivos*”.

Sentado lo anterior, y aun cuando la partición conjunta en sí no contravenga lo dispuesto por el artículo 669 Cc., a la vista de la redacción del precepto del Código civil que regula la partición realizada por el testador –el artículo 1.056 Cc.–, se colige que sólo resultaría posible admitir la partija conjunta bajo una de las formas posibles que en él se contemplan. Éstas, como es conocido, son dos: la partición realizada por el testador en un testamento o fuera de él; posibilidades que el Código civil denomina de otro modo: partición “*por acto entre vivos*” a la realizada fuera de testamento, y partición “*por última voluntad*” a la realizada dentro de un instrumento testamentario. Siendo ello así, sólo parece posible la realización de una partición conjunta en el Código civil si se efectúa fuera de testamento; es decir, si es una partición “*por acto entre vivos*” (cfr. art. 1.056 Cc.). Veamos por qué.

La razón que justifica el aserto anterior reside en que el Código civil no permite testar en forma mancomunada, además de que exige como requisito indispensable del testamento que sea unipersonal en todo caso (cfr. arts. 667 y 669 Cc.). Por tanto, una partición conjunta testamentaria en la que intervengan ambos cónyuges no resulta viable por el hecho de estar contenida en un instrumento que contraviene lo dispuesto por tales preceptos. Así las cosas, tampoco parece que exista en el Código civil algún otro medio para realizar una partija conjunta en el marco de un testamento. Podría pensarse que una alternativa a la prohibición de testar de forma mancomunada pasaría por incluir una partija conjunta en un testamento individual, lo que no sería admisible por no respetarse la característica de la unipersonalidad del testamento (cfr. art. 667 Cc.). Otra posible solución, que después tendremos ocasión de examinar, sería la realización de dos testamentos coordinados en los que se incluyan sendas particiones, también coordinadas. Sin embargo, en este supuesto no estaríamos ante una partición conjunta al faltar la conjuntividad formal, sino ante dos particiones individuales realizadas de forma coordinada.

y que está supeditada a dos testamentos independientes entre sí” (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 138).

Las consideraciones anteriores reducen la posibilidad de admitir una partición conjunta en el Código civil a la realizada “*por acto entre vivos*”, es decir, en un documento distinto del testamento (cfr. art. 1.056 Cc.) y trayendo causa de dos testamentos individuales (arg. *ex* art. 669 Cc.). Así, si la partición conjunta la realizan los cónyuges en un documento único al margen de los testamentos de que aquélla trae causa no se contraviene el carácter unipersonal del testamento ni la prohibición del artículo 669 Cc. que, como sabemos, únicamente se refiere al acto de testar³³⁰. En consecuencia, lo indicado constituye una segunda conclusión en orden a la admisibilidad de la partición conjunta en el Código: la partición conjunta no contraviene lo dispuesto por el artículo 669 Cc., pues dicho precepto solamente se refiere al acto de testar y no al de partir. Sin embargo, dada la prohibición de testar en forma mancomunada a que se refiere el citado precepto y la exigencia de que el testamento en todo caso sea unipersonal (arg. *ex* arts. 667 y 669 Cc.), en el Código civil únicamente tiene cabida la partición conjunta realizada en un documento distinto del testamento.

6.2.4 El artículo 737 del Código civil y la revocabilidad esencial del testamento

Otro de los problemas fundamentales que ha resaltado la doctrina del Código civil en relación con la partición conjunta, viene determinado por el valor relativo que se le reconoce, a la vista de la ineficacia a la que está expuesta en virtud de la libertad esencial que existe para revocar los

³³⁰ Además de lo ya expuesto, a la partición conjunta se le pueden atribuir también algunas de las ventajas que la doctrina le reconoce al testamento mancomunado. Así, entre otras, se señala que tal forma de testar es un modo adecuado de expresar la comunidad de vida y sentimientos que existe entre los cónyuges (cfr. MERINO HERNÁNDEZ, “Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro”, *RCDI.*, tomo XLVII, nº 500, enero-febrero, 1974, p. 57 y ESPÍN, “Comentarios al artículo 669 Cc.”, cit., p. 1683).

testamentos de que aquélla trae causa (cfr. art. 737 Cc.)³³¹; característica de la revocabilidad que constituye una nota identificadora del testamento y que permite distinguir a éste –acto de última voluntad– de las donaciones (cfr. arts. 644 y ss. Cc.)³³². Como ya hemos resaltado, la revocabilidad de los actos de última voluntad –en el caso que comentamos, del testamento–, regulada en el Código civil y ratificada de modo riguroso innumerables veces por la jurisprudencia³³³, posibilita que la voluntad contenida en el testamento esté, en todo momento, en armonía con la última voluntad del testador³³⁴. De no existir esta libertad revocatoria sería muy difícil que en el testamento se contuviese la última voluntad del testador respecto de su patrimonio ya que, como señala la conocida máxima, “*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad mortem*”; es decir, hasta el fallecimiento la voluntad del testador es

³³¹ En particular, el artículo 737 Cc. dispone que “*todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas (..)*”.

³³² Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XII, cit., pp. 748 y 750, citando a ROGRON. Sobre la distinción entre la partición y la donación, vid. el epígrafe 5.3.2 del presente capítulo. En otro orden de cosas, SANCHO (“Comentarios al artículo 737 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1836) fija el fundamento de la revocabilidad propia del testamento en “el doble carácter, unilateral y *mortis causa* del acto”, mientras que MANRESA, sin embargo, entiende que esa nota es “consecuencia natural y lógica del derecho de propiedad” (*Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., p. 694).

³³³ Cfr., entre otras, las sentencias de 13 de junio de 1903 (JC. tomo XCV nº 174) y 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272), en las que se reconoce que al testador no se le puede privar de su libertad de testar en ningún momento, que es, en otros términos, lo que prescribe el artículo 737 Cc. Recoge la misma doctrina, aunque refiriéndola a la partición por testador, la sentencia de 23 de febrero de 1999 (RJA. nº 1.851).

³³⁴ Como apunta PASTOR RIDRUEJO (*La revocación del testamento*, Nauta, Barcelona, 1964, pp. 21 y 22), “la ley otorga efectos a la última voluntad *definitiva y real* –el subrayado es nuestro– (o, al menos, a la que presume es última). Todo testamento, hasta la muerte del testador, no es sino *eventual* última voluntad”.

variable³³⁵. Voluntad que depende tanto de circunstancias externas –por ejemplo, el nacimiento de un hijo o el aumento o disminución del patrimonio– como internas –el propio cambio de la voluntad del testador–. Así pues, de lo expuesto se deduce que no cabe ligar al testamento la voluntad irrevocable del testador que dispone para después de su muerte³³⁶.

Así las cosas, y visto que en el Código civil no se admite el testamento mancomunado (cfr. art. 669 Cc.), decíamos que cualquier partición conjunta que se efectúe deberá realizarse en un extratestamentario y sobre la base de dos testamentos individuales. Siendo ello así, al ser dichos testamentos individuales instrumentos esencialmente revocables (cfr. art. 737 Cc.), puede privarse de eficacia a la partición conjunta que de ellos trae causa de forma unilateral. Solamente será necesario que uno de los dos testadores partidores revoque total o parcialmente su testamento. Esta revocación, esta modificación unilateral de la disposición, producirá el efecto de dejar sin base a la partición conjunta realizada conforme a ella, lo que determinará su ineficacia. Razón que ha servido de apoyo a algún autor partidario de la admisibilidad de esta figura, para reconocer que la partición conjunta únicamente goza en el Código civil de un valor relativo³³⁷.

³³⁵ Si no existiese la nota de la revocabilidad se podría hacer prevalecer una voluntad antigua sobre una más reciente, contrariando el sentido más propio de los actos de última voluntad.

³³⁶ Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XII, cit., p. 752. En coherencia con la protección de la revocabilidad del testamento que late en el Código civil, el artículo 737 Cc. ha suprimido, junto con las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, las llamadas cláusulas *ad cautelam* disponiendo que “*se tendrán por no puestas las cláusulas (...) en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales*”. Tales cláusulas eran válidas en la legislación anterior a la entrada en vigor del Código civil (cfr. Disposición Transitoria 2ª).

³³⁷ Cfr. DE LA CÁMARA, “Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 2478. El valor relativo que atribuye este autor a la partición conjunta se debe a que “cualquiera de los cónyuges puede revocar unilateralmente su testamento”.

Sin embargo, aún siendo ello así, pensamos que la revocabilidad esencial del testamento no es un obstáculo que impida ni la existencia, ni el juego, ni el funcionamiento de la partición conjunta en el ámbito del Código civil. En efecto, de entrada, debe tenerse siempre en cuenta la posibilidad de que los cónyuges no revoquen sus testamentos y sea entonces plenamente eficaz la partición conjunta elaborada conforme a ellos. Pero es que, además, ante la dificultad que plantea la revocabilidad del testamento, lo procedente será entonces buscar las soluciones que existen en el ordenamiento jurídico para conseguir que la partición conjunta pueda cumplir lo más eficazmente posible su cometido sin vulnerar el resto del articulado. En esta línea, se pueden sugerir, entre otras, las siguientes soluciones: la exigencia de notificación de la modificación testamentaria al otro partidor o la posibilidad de realizar una liquidación “provisional” del régimen de gananciales en documento separado del testamento de modo que se pueda limitar el ámbito de la revocación testamentaria.

6.2.5 Los artículos 1.375 y 1.379 del Código civil y la imposibilidad de disposición *mortis causa* de bienes gananciales concretos

Teniendo en cuenta que de los argumentos hasta ahora examinados en contra de la admisibilidad de la partición conjunta en el Código civil ninguno parece ser insalvable, resulta conveniente detenerse a estudiar los artículos 1.375 y 1.379 Cc., ubicados en sede de sociedad de gananciales. Ello, porque parece que estas normas pueden constituir un obstáculo práctico de cara a la viabilidad de la figura que comentamos cuando los cónyuges están casados bajo el citado régimen económico-matrimonial. En tales preceptos se dispone que “*en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes*” (art. 1.375 Cc.) y que “*cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de mitad de los bienes gananciales*” (art. 1.379 Cc.)³³⁸.

³³⁸ El artículo 1.379 Cc. es fruto de la Ley de 13 de mayo de 1981, que modificó el antiguo artículo 1.414 Cc. en dos sentidos: de un lado, el actual precepto se redacta en forma positiva, eliminando la anterior expresión del Cc. según la cual se establecía que “*no podrá disponer en testamento sino de su mitad de gananciales*”; y de otro lado, se suprime la

La razón de que los citados preceptos puedan constituir un obstáculo en relación con la partición conjunta se deriva de que, siendo el de cogestión un principio básico para la disposición de los bienes gananciales (arg. *ex art.* 1.375 Cc.) –principio que encaja perfectamente con la figura que comentamos–, la única referencia a la disposición *mortis causa* de éstos es la contenida en el artículo 1.379 Cc. que permite a cada uno de los cónyuges disponer unilateralmente por testamento de la mitad de los bienes gananciales de forma genérica. De este modo, al ser la disposición genérica la única referencia a la disposición *mortis causa* de los bienes gananciales, cabe pensar que no resulta posible que los cónyuges puedan hacer de común acuerdo una atribución particional sobre bienes concretos.

Así las cosas, atendiendo al hecho de que hasta la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, que habitualmente suele originarse por la muerte de uno de los cónyuges (cfr. arts. 1.392.1 y 85 Cc.), no se conocerán los concretos bienes que forman parte del haber de cada uno –en dicho momento se comprobará si existen o no bienes con tal carácter (arg. *ex arts.* 1.344 y 1.396 Cc.)–³³⁹, parece que éstos únicamente podrán disponer de modo genérico en testamentos paralelos –no mancomunado (cfr. art. 669 Cc.)– de la mitad que les corresponderá como gananciales (cfr. art. 1.379 Cc.); disposición genérica que, eventualmente, puede originar problemas de inoficiosidad en relación con la legítima al desconocerse hasta la disolución y liquidación de la sociedad la cuantía de los bienes que a cada uno le corresponderán.

Siendo ello así, y una vez determinado el problema que los artículos 1.375 y 1.379 Cc. plantean en relación con la partición conjunta, es preciso recordar que los cónyuges cuyo régimen económico-matrimonial sea el de gananciales

referencia al “*marido*”, quien según el antiguo 1.414 Cc. era el único que gozaba de esta facultad.

³³⁹ Cfr. PRETEL SERRANO, “Comentarios al artículo 1.379 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 722 y 723, en donde hace referencia a la unidad conceptual de los gananciales.

pueden disolver la sociedad y proceder a su liquidación en el momento que estimen oportuno, tal y como se establece en los artículos 1.392 y siguientes del Código. Por tal motivo, y para salvar la dificultad que existe en aquellos casos en que los cónyuges deseen mantener la sociedad de gananciales hasta la muerte –el régimen no se disuelve ni liquida hasta entonces, y, por tanto, no se conocen los bienes que corresponden a cada cónyuge, no pudiendo por ello incluirlos en su partición–, cabe entender, como algún autor ha defendido, que si el Código civil permite que los cónyuges puedan disolver la sociedad con efectos inmediatos (arg. ex art. 1.392.4 Cc.: “*la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: (..) cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código*”) y, por tanto, si pueden los cónyuges determinar los bienes que corresponden a cada uno de ambos tras la disolución, no plantea problema alguno que puedan realizar una liquidación de la sociedad de gananciales con efectos desde luego para el momento en que efectivamente se disuelva aquélla por las causas establecidas en el artículo 1.392 del Código civil; en concreto, en el caso que nos ocupa, para cuando se produzca la muerte de uno de ellos (cfr. art. 1.392.1 Cc. en relación con el art. 85 del Cc.)³⁴⁰.

De este modo, a través de dicha liquidación se determinarán de forma *provisional* los bienes concretos que corresponderán a cada uno de los partícipes en la sociedad cuando ésta finalice. Ello permitirá que cada uno de los cónyuges pueda incluir tales bienes en su testamento, y que, consecuentemente, puedan entrar en la partición que efectúen, ya sea individual o conjunta.

³⁴⁰ Cfr. DE LA CÁMARA, “Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 2479 y DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo IV, cit., pp. 544 y 545. Por otra parte, como reconoce ROURA ROSICH, “la facultad particional que concede el artículo 1.056, respecto a los testadores casados bajo el régimen ganancial, quedaría notablemente cercenada si los cónyuges no pudieran determinar con relativa exactitud los bienes gananciales que a la disolución de la sociedad corresponderán a cada uno, ya que ello es necesario para precisar el caudal partible, base previa de toda partición” (“Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios”, *AAMN.*, tomo XIII, Madrid, 1962, p. 88).

Con todo, cualesquiera que sean las posibilidades admitidas por el Código civil, como se comprende, la eficacia de la partición se verá afectada por el resultado final de la liquidación. Y ello, porque hasta entonces no se puede prejuzgar el resultado de la misma, aunque sí pueda hacerse una aproximación a través de esta liquidación “provisional”, para cuya validez es necesario el consentimiento de ambos partícipes (cfr. arts. 1.375 y ss. Cc.).

Por el cauce indicado se puede colegir que, aun cuando la única referencia a la disposición *mortis causa* de los bienes gananciales sea la contenida en el artículo 1.379 Cc., tanto el citado precepto como el artículo 1.375 Cc. no constituyen un obstáculo de entidad para admitir la posibilidad de realizar la partición conjunta en el Código civil. Y es que en el ordenamiento jurídico existen figuras que posibilitan que los cónyuges incluyan bienes de la sociedad de gananciales en la partición, individual o conjunta, que lleven a cabo.

6.2.6 Ausencia de prohibición y falta de regulación

La ausencia de regulación específica de la partición conjunta en el Código civil puede presentarse como otro argumento en contra de su admisibilidad en éste. Sin embargo, dicho argumento puede ser ambivalente: por un lado, se puede entender que no se ha querido regular esta institución en el Código civil, pues, existiendo en el momento de la redacción del mismo, no se ha contenido en el capítulo referente a la partición de la herencia; y, por otro lado, cabe pensar que resulta necesaria su regulación. De acuerdo con la primera tesis, cabría argumentar también que, como tendremos ocasión de comprobar, el uso de esta figura origina problemas que no encuentran una solución adecuada en la legislación actual, y que si el legislador hubiese querido regular esta figura lo habría hecho estableciendo reglas para solucionar los problemas a que su uso da lugar.

Sin embargo, tal argumentación no resulta definitiva, ya que, desde otro punto de vista, se podría alegar que, siguiendo la máxima de que el Derecho sigue al hecho, la figura de la partición conjunta, no contemplada por el Código civil, debería regularse puesto que tiene utilidad, viene a colmar un

vacío y facilita una solución ante una situación real: la posibilidad de que dos personas defieran y partan su herencia de forma conjunta.

Junto con la utilidad de la partición conjunta se podría añadir también que, aún no estando contemplada legalmente en el Código civil y siendo necesaria su regulación, actualmente tiene cabida en el citado Cuerpo legal. Y, en este sentido, es posible aducir que, por lo que llevamos visto, la partición conjunta no contraviene ninguna norma prohibitiva del Código, y que, si como regla general las prohibiciones han de interpretarse de forma restrictiva, al no existir interdicción expresa, sería posible utilizar en el ámbito del Código civil la partición conjunta.

6.2.7 El principio de la economía procesal

Por último, una razón de economía procesal abonaría la admisibilidad de la partición conjunta en el Código civil, a pesar de su ausencia de regulación. En efecto, la figura a que nos referimos facilitaría la realización de la liquidación del régimen económico-matrimonial y la consiguiente partición de ambas herencias en un mismo documento –no testamentario, debido a la prohibición contenida en el artículo 669 del Código civil–.

6.3 El criterio jurisprudencial sobre la partición conjunta

Junto con los argumentos que se han esgrimido por los distintos sectores de la doctrina para defender la admisibilidad o no en el Código civil de la partición por testador realizada de forma conjunta, es necesario resaltar que la jurisprudencia no ha aceptado esta figura en las pocas ocasiones en que se ha pronunciado sobre esta cuestión. Así, en la sentencia de 20 de mayo de 1965 (RJA. nº 2.602), el Tribunal Supremo, tras declarar que la partición conjunta realizada por dos cónyuges en un documento no testamentario, protocolizado por acta notarial, que traía causa de dos testamentos independientes, estaba asentada en un acuerdo ilícito (el considerar los cónyuges todos los bienes como comunes sin distinción de su origen, mutando así el régimen de sociedad de gananciales) –motivo que, de por sí, justificaba la nulidad–, señaló, y esto es lo que ahora interesa, que “tampoco puede concederse a la

disposición mancomunada que en ella se contiene valor jurídico alguno, pues (..) no puede concederse a la partición así hecha un valor que el art. 669 del Código veda para los testamentos”³⁴¹.

Por las razones que anteriormente hemos reseñado, y al margen de que en el caso expuesto la nulidad de la partición respondiese a otras causas, no creemos correcto que el Tribunal aplique de modo indefectible el artículo 669 del Código civil, ubicado en sede de testamentos, a otro tipo de actos diferentes de éstos. Ello, porque tal aplicación no repara en la diferencia que existe entre testar y partir. Así, como hemos dicho, entendemos que la realización de la partición conjunta en un documento distinto del mismo testamento no contraviene la prohibición del artículo 669 Cc., referible únicamente al acto de testar³⁴².

Así las cosas y a pesar de ser la nulidad la sanción que aplica el Tribunal Supremo en casi todas las sentencias que sobre esta materia ha dictado, en la sentencia de 21 de julio de 1986 (RJA. nº 4.575) admitió una partición coordinada –no conjunta– del patrimonio de dos cónyuges sobre la base de dos testamentos independientes aunque con un mismo contenido dispositivo³⁴³.

³⁴¹ RJA. nº 2.602. A este respecto es preciso recordar que antes de la modificación de los regímenes económico-matrimoniales operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, los cónyuges no podían modificar libremente el régimen matrimonial.

³⁴² También opina así VALLET (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 138). En una sentencia anterior a la citada en la nota precedente, la de 5 de noviembre de 1955 (RJA. nº 3.100), el Tribunal Supremo no declaró la nulidad de la partición conjunta realizada por dos cónyuges en un documento no testamentario, sino que, debido a la inclusión de bienes ajenos, a la exclusión de parte del patrimonio hereditario de los cónyuges, a los errores cuantitativos y al perjuicio de las legítimas, admitió la realización de una nueva partición.

³⁴³ Cfr. la sentencia de 21 de julio de 1986 (RJA. nº 4.575). Es interesante y sugerente el comentario que de esta sentencia realiza CASAS VALLÉS, “Comentario a la sentencia de 21 de julio de 1986”, *CCJC.*, nº 12, septiembre-diciembre, 1986, pp. 3967-3974. De otra parte, el Tribunal Supremo también ha determinado la nulidad de la partición en los casos en que ésta había sido realizada por uno de los cónyuges incluyendo bienes que no eran propios sino que pertenecían al otro cónyuge o a la sociedad de gananciales no liquidada. Cfr., entre otras, la

6.4 Otras opciones propuestas por la doctrina

Como hemos visto, el encaje de la partición conjunta en el Código civil no es admitido por la jurisprudencia y tampoco toda la doctrina se muestra partidaria de esta posibilidad. Ante esta situación, algunos autores han destacado otras figuras alternativas a la partición conjunta con las que se pueden obtener efectos en cierto modo parecidos a los que se pueden conseguir con aquélla.

Una de las opciones que se ha propuesto consiste en la realización de dos particiones individuales coordinadas. En este caso no se realizaría la partición de forma conjunta en un mismo documento sino que se llevaría a cabo en dos documentos separados, pero sobre la base de un acuerdo particional previo. Con todo, esta posibilidad tiene algunos inconvenientes, entre los que se puede destacar la poca vinculación existente entre las dos particiones, máxime en los supuestos en que haya bienes gananciales y no se haya efectuado una liquidación provisional de los mismos. De todas formas, en caso de que no se modifiquen los testamentos individuales ni las dos particiones coordinadas, se podrán conseguir efectos similares a los de la partición conjunta.

Al margen del supuesto particional indicado, existen también otros medios –denominados indirectos por algún autor³⁴⁴– con los que se pueden conseguir efectos semejantes a los buscados a través de la partición conjunta³⁴⁵. Entre

sentencia de 12 de diciembre de 1959 (RJA. nº 4.499), la sentencia de 28 de mayo de 1965 (RJA. nº 3.086), en la que el Tribunal Supremo no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión por haber errores formales en la sustanciación del proceso, y la sentencia de 17 de mayo de 1974 (RJA. nº 2.068).

³⁴⁴ Cfr. ROURA ROSICH, “Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios”, cit., p. 75, quien recoge la denominación que implícitamente mantiene DE LA CÁMARA (“El legado de cosa ganancial”, cit., pp. 544-551). La clasificación que realiza el primero de los autores citados no es del todo coincidente con la contenida en el texto, ya que dicho autor incluye también algunos supuestos particionales.

³⁴⁵ Los autores que han realizado los estudios más completos sobre las soluciones a que nos referimos en el texto son: DE LA CÁMARA (“El legado de cosa ganancial”, cit., pp. 468 y

estos medios se encuentran: la donación *inter vivos* de parte o de todo el patrimonio (cfr. arts. 618 y ss. Cc.), a la que se le suelen añadir pactos de diverso tipo: de reserva de usufructo, de reversión, de prohibición de disponer o de reserva de la facultad de disposición³⁴⁶; compraventas que, en bastantes supuestos, suelen encubrir un negocio de donación (cfr. arts. 1.445 y ss. Cc.); la constitución de una sociedad estableciendo el modo de disolverla (cfr. arts. 1.665 y ss. Cc.); la inscripción de un bien de nueva adjudicación a nombre de un futuro heredero, o, en fin, la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil³⁴⁷.

6.5 Conclusión

A modo de recapitulación de lo hasta ahora expuesto, cabe resaltar que los argumentos esgrimidos en contra de la admisibilidad de la partición conjunta en el Código civil –contravención de los artículos 667, 669 y 670 Cc., inadecuación con los artículos 737, 1.375 y 1.379 Cc. y ausencia de regulación de la misma– no resultan concluyentes. Así, y aun cuando la jurisprudencia sea reacia a admitirla, de lo expuesto se colige que no existen obstáculos insalvables que impidan a los cónyuges realizar al amparo del

ss., en especial las pp. 544 y ss.), ROURA ROSICH (“Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios”, cit., pp. 77 y ss. –este autor trata de modo extenso la partición coordinada–), RODRÍGUEZ ADRADOS (“La partición hecha por el testador”, cit., pp. 211-220) y VALLET (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., pp. 131 y ss.).

³⁴⁶ DE LA CÁMARA, en su trabajo “El legado de cosa ganancial” (cit., pp. 548-551) propone una solución ciertamente original para conseguir efectos análogos a los de la partición conjunta. Así, estima posible que los cónyuges hagan una donación universal de su patrimonio estableciendo el modo en que los donatarios habrán de dividir dicho patrimonio. Junto a esta donación se incluirían diferentes cláusulas para garantizar la eficacia de la misma: prohibición de dividir hasta el fallecimiento de ambos cónyuges (cfr. art. 1.051 Cc.), u otras semejantes.

³⁴⁷ Regulando instituciones similares a la delegación de facultades *ex* arts. 831 Cc. y 141 y ss. LDCG., vid. los arts. 32 y ss. de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco; los arts. 124 y ss. de la LS. de Aragón; arts. 148 y ss. del CSCM. de Cataluña; leyes 281 y ss. del FN. de Navarra; arts. 18 y ss. de la CDC. de Baleares y el artículo 71 de la misma Compilación, de aplicación a Ibiza y Formentera.

Código civil la partición de sus herencias de forma conjunta en un mismo documento, siempre y cuando no sea testamentario, dada la prohibición establecida por el ya citado artículo 669 Cc. Y ello, como hemos dicho, a pesar de que la figura a que nos referimos no esté expresamente regulada en el Código civil.

CAPÍTULO TERCERO

**PRESUPUESTOS Y CAUCES
FORMALES DE LA PARTICIÓN
CONJUNTA**

I. INTRODUCCIÓN

Conforme quedó indicado en el capítulo anterior, la finalidad de la partición que realiza el testador, ya sea individual, ya conjunta, consiste en distribuir el patrimonio del causante entre los herederos. Para lo cual, según dijimos, ha de existir un testamento que contenga el acto dispositivo que la partición tratará de ejecutar, de modo que aquél se erige en presupuesto básico de esta modalidad de partición. Esta afirmación, que encuentra su apoyo en el tenor literal de los preceptos de la Ley de Derecho Civil de Galicia que contienen la regulación de la figura que comentamos (cfr. arts. 157 y ss.) –lo mismo sucede con la partición por testador regulada por el Código civil (cfr. art. 1.056)–, resulta perfectamente coherente con la naturaleza y la función de la partición a que también se ha hecho referencia en el capítulo anterior: concretar un acto dispositivo.

Siendo ello así, que, en la modalidad de partición por testador, el instrumento donde se contenga el acto dispositivo haya de ser necesariamente un testamento es una cuestión que, a pesar de la claridad del texto legal, han puesto en duda ciertos sectores de la doctrina del ámbito del Código civil –únicamente respecto de la partición efectuada fuera de testamento: partición “*por acto entre vivos*”, según la terminología del Código civil–. Así, algunos autores han negado el carácter imprescindible del testamento como único instrumento donde se contenga el acto dispositivo al que tal partición se ha de adecuar, y han defendido que ésta pueda traer causa de las normas de disposición de la sucesión legal. Otros autores, yendo más allá –y, a nuestro modo de ver, obviando el tenor literal de los preceptos que regulan la figura a que nos referimos–, han mantenido la innecesariedad del testamento al considerar que la partición por testador no goza únicamente de naturaleza determinativa, reconociéndole también cierta virtualidad dispositiva.

Así las cosas, y en atención a que en el capítulo precedente ya quedó justificado que el testamento donde se contiene el acto dispositivo constituye un presupuesto ineludible para que se pueda llevar a cabo la partición por testador, tanto individual como conjunta, en el que ahora comenzamos

únicamente abundaremos en algunos de los motivos en que se apoya dicha tesis.

En tal sentido, también haremos alguna referencia a las corrientes doctrinales minoritarias mencionadas, que son contrarias a la necesidad de existencia de negocio jurídico testamentario cuando de partición efectuada fuera de testamento se trata, bien por admitir que, en tal caso, la partición puede traer causa de las normas de la sucesión legal, o bien por entender que tal modalidad de partición goza de virtualidad dispositiva y divisoria. Y ello, aun cuando las citadas corrientes no se hayan postulado expresamente en relación con la partición conjunta: tales tesis han sido elaboradas con referencia a la partición por testador realizada de modo individual en el marco del Código civil. La razón que justifica dicho análisis reside en que, de concebirse la partición por testador –ya sea individual, ya conjunta– como tales autores defienden, las indicadas tesis podrían reproducirse en el ámbito de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

Tras la determinación de que el acto dispositivo –necesariamente testamentario– efectivamente constituye un presupuesto imprescindible para la partición por testador en cualquiera de sus modalidades –individual o conjunta, testamentaria o extratestamentaria–, examinaremos algunos aspectos relativos al testamento en que se contiene dicho acto y a su incidencia en la partición. Entre otras cosas, analizaremos qué requisitos ha de cumplir, si ha de otorgarse con anterioridad o posterioridad a la partición, cómo se puede revocar y qué efectos se derivan de tal revocación para la partición.

Por el camino expresado, terminaremos este capítulo con una referencia a los cauces formales a través de los que se puede efectuar la partición conjunta.

II. LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE UN TESTAMENTO

2.1 Precisiones en torno a la naturaleza de la partición y la necesidad de existencia de un acto dispositivo³⁴⁸

Delimitado el objeto de estudio de este capítulo, y antes de hacer referencia a la cuestión que intitula el presente apartado, conviene recordar algunas de las consideraciones ya señaladas relativas a la naturaleza de la partición. Ello resulta sumamente conveniente por cuanto que la respuesta que se dé a la indicada cuestión está condicionada por la concepción que se tenga de la naturaleza de la partición. En efecto, de entenderse, por ejemplo, que la partición por testador en su modalidad extratestamentaria –como hemos indicado en el capítulo anterior, la naturaleza negocial de esta forma de partición por testador es la única que ha suscitado cierta polémica, habiendo unanimidad sobre la naturaleza negocial de la partición testamentaria– se configura como una donación, no será necesaria la existencia de un acto dispositivo testamentario al que deba acomodarse, pues la partición por sí sola realizará la institución y la ejecutará³⁴⁹. Por el contrario, si, con la mayoría de

³⁴⁸ En los siguientes epígrafes analizaremos los argumentos que revelan la necesidad de existencia de un testamento en la partición conjunta. Siendo ello así, conviene resaltar que, en principio, a la partición individual le son referibles tales argumentos habida cuenta de que la *ratio* de la partición conjunta es la misma que la de la partición individual. Por ello, respecto de la partición individual únicamente efectuaremos, cuando sea preciso, las menciones oportunas a los argumentos que específicamente le sean referibles.

³⁴⁹ Como hemos señalado en el capítulo precedente, en el marco del Código civil, un grupo minoritario de la doctrina reconoce a la partición por testador efectuada fuera de testamento –“*por acto entre vivos*”– virtualidad dispositiva y divisoria. En coherencia con ello, entienden innecesaria la exigencia de testamento para poder llevar a cabo tal modalidad de partición. Pero en fin, como las tesis de tales autores –Marín Lázaro y Rodríguez-Arias, entre otros,– ya han sido estudiadas y refutadas en el capítulo precedente, aquí no nos referiremos a ellas con detalle. En este sentido, únicamente queremos resaltar que Marín Lázaro considera innecesaria la existencia de testamento, reconociéndole facultad de partir a todo causante, con apoyo en el articulado del Proyecto de 1851 –rechazando la intencionalidad del cambio terminológico operado en relación con el Código civil– y en la sentencia de 13 de junio de 1903, argumentos que tendremos ocasión de examinar en el texto al hilo de las opiniones doctrinales mayoritarias. Por su parte, Rodríguez-Arias rechaza también la necesidad de testamento al concebir la figura contenida en el artículo 1.056 Cc.

la doctrina, entendemos que aquélla consiste en un acto jurídico de distribución meramente determinativo, sí resultará necesaria la existencia de un acto dispositivo al que deba adecuarse.

Siendo ello así, y a los efectos apuntados, conviene resaltar ahora que, según resulta conocido, la función de la partija estriba en distribuir el haber hereditario de una persona entre los llamados a título universal, a los que el artículo 660 del Código civil denomina como herederos. Cualidad que, como sabemos, puede ser atribuida por la voluntad del causante manifestada en testamento, por la voluntad de la ley, o a través de los pactos sucesorios regulados en la LDCG. (cfr. art. 117). Pues bien, de lo anterior se colige que, si tales vienen a ser las únicas formas de otorgar la citada cualidad de heredero, la partición no podrá atribuirse³⁵⁰. Así, se concluye que la partición no goza de tal virtualidad, limitándose su función y finalidad únicamente a la mencionada, esto es, a distribuir los bienes entre los herederos. Por tanto, al

como un conjunto de donaciones con eficacia inmediata y desconectadas de la futura sucesión. Y, en tal sentido, afirma que los que defienden las opiniones mayoritarias en la doctrina del Código civil “enfocan la cuestión estrechamente”, pues no ve clara “la razón de querer limitar a moldes tan restringidos un término de Derecho –“testador”– que convive con conceptos jurídicos de tan altos vuelos como son los actos *inter vivos* y *mortis causa* y las legítimas”. Así “si el legislador verdaderamente hubiese tenido la intención de encerrar en tan reducido molde el ejercicio de esta facultad, dispuso en Derecho de términos más hábiles, que facilitarían ahora la labor de interpretación, no teniendo que acudir –según es obligado a hacer– a sobrevalorar las palabras, relegando a un segundo lugar el sentido orgánico que se deduce del examen de la totalidad del precepto” (todos los textos entrecomillados corresponden a RODRÍGUEZ-ARIAS, “Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del Código Civil”, cit., pp. 321-323). Con todo, estas afirmaciones chocan con lo que, en relación con el mismo problema, escribe ALBALADEJO, quien sostiene que “a lo que –según ese sector de nuestra doctrina y jurisprudencia– parece, el legislador quiso dejar sentadas, y bien sentadas, dos cosas y resueltas dos cuestiones: una, que la partición sólo podía practicarla el testador...” (ALBALADEJO, “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, *ADC.*, tomo I-III, julio-septiembre, 1948, p. 923).

³⁵⁰ En este sentido, DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO reconoce que “por lo que respecta a la partición, no hay fundamento legal ni institucional alguno para estimar que atribuye la cualidad de heredero por sí sola”, añadiendo posteriormente que “carece por sí sola de contenido suficiente para dar la categoría de herederos a los destinatarios de los bienes partidos” (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., pp. 416 y 417).

no ser la partición un título hábil para atribuir la cualidad de heredero, para que cualquier acto jurídico de distribución sea una partición hereditaria será necesario que los distributarios tengan la citada cualidad, que les debe ser atribuida por cualquiera de las formas indicadas (cfr. art. 117 LDCG.).

Lo expuesto permite afirmar que la inhabilidad de la partición para instituir como heredero es lo que fundamenta la exigencia de que exista un instrumento que lleve a cabo tal función (arg. *ex arts.* 117 LDCG. y 609 Cc. *a sensu contrario*). En otros términos: la naturaleza meramente determinativa de la partición –la partición no dispone, no atribuye la cualidad de heredero y no constituye un instrumento hábil para deferir la sucesión de una persona– tiene como consecuencia la necesidad de que exista un acto que contenga la voluntad de institución que aquélla se encargará de ejecutar y a la que se ha de adecuar³⁵¹. Siendo ello así, cuál sea el tipo de acto donde se haya de contener tal voluntad dispositiva es otra cuestión diferente que se examina a continuación.

2.2 En torno al tipo de sucesión necesario para la partición por testador

2.2.1 Preliminares

Como ha quedado dicho, la partición necesita un acto dispositivo. Pero dicho acto, ¿ha de contenerse necesariamente en un testamento, o también puede venir configurado por las normas de la sucesión legal (cfr. arts. 152 LDCG. y 912 y ss. Cc.) o por lo establecido en un pacto sucesorio? La respuesta a esta pregunta constituye el objeto de estudio que ahora comenzamos. Dicho en otros términos: a continuación trataremos de dilucidar *definitivamente* si el acto dispositivo que la partición concretará necesariamente ha de ser testamentario o no.

³⁵¹ Cfr., entre otros muchos, LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 132.

2.2.2. Sobre la necesidad de testamento. La dicción literal del artículo 157 de la LDCG. y de los preceptos concordantes

La mayoría de los autores considera que la voluntad dispositiva que la partición efectuada por el mismo causante o causantes se encarga de desarrollar y ejecutar se ha de contener necesariamente en un testamento³⁵².

³⁵² En el ámbito gallego, son partidarios de exigir la existencia de un testamento en todo caso, ALBA PUENTE (“Comentarios al artículo 157.1 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 230 y 231 y “Comentarios al artículo 157.2 LDCG.”, cit., pp. 236 y 237); GUTIÉRREZ ALLER (*Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo, Vigo, 1997, pp. 120 y ss.); DÍAZ-FUENTES (*Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/95*, Seminario de Estudios Galegos, Santiago de Compostela, 1997, p. 314) y LETE ACHIRICA (“Comentarios al artículo 157 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 1254 y ss.). Y en la doctrina del ámbito del Código civil: SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., pp. 1986 y ss.); VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, cit., p. 579); DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, tomo III, Imprenta Juan Pueyo, Madrid, 1932, pp. 424 y ss.); ALBALADEJO (“Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., pp. 923 y ss., en especial las pp. 923-928); ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 338); DE LOS MOZOS (“La partición de herencia por el propio testador”, cit., pp. 176 y ss.); PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. III, cit., p. 210); RODRÍGUEZ ADRADOS (“La partición hecha por el testador”, cit., p. 224); PELAYO HORE (“El testamento y la ley como normas de la partición”, *Pretor*, nº 63, mayo-junio, 1971, p. 365); DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., pp. 404 y 405); ESPÍN (*Manual de Derecho civil español*, tomo V, Revista de Derecho Privado, 5ª edición, Madrid, 1978, p. 147); PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 381); CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., pp. 347-349); VALLET (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 130 y también, entre otras, en pp. 146 y 148); DE LA CÁMARA (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., p. 2475, y también en *Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 419) y LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 132), entre otros. Por último, es interesante destacar la opinión de MANRESA quien sostiene que en el artículo 1.056 del Código civil se faculta “al testador para hacer la partición de sus bienes *por acto entre vivos o por última voluntad*. Se trata de partir o dividir la herencia, división o partición que ha de practicarse entre los herederos designados por el testador. Esta designación es el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, y ese acto forzosamente ha de contenerse en el testamento”. Posteriormente, con ocasión de comentar la sentencia del Tribunal Supremo de 1903, parece que admite la partición sin testamento ajustándose a las normas de sucesión legal ya que no hace ninguna

El principal argumento que cabe esgrimir para fundamentar tal tesis, y, por tanto, para exigir la existencia en todo caso de un testamento, deriva de las disposiciones vigentes aplicables. En efecto, el artículo 157 de la Ley de Derecho Civil de Galicia exige que los causantes que quieran efectuar la partición de sus bienes hayan otorgado testamento, que sean testadores. La razón de que, en primer lugar, hayamos de referirnos a tal precepto para determinar si el requisito del testamento se exige necesariamente o no, estriba en que, como con gran sentido común se ha escrito, cuando “concede un derecho la ley, hay que acudir a la norma donde se concede” para saber en qué casos se está otorgando ese derecho³⁵³. Así, en la figura que comentamos, la norma donde la ley otorga la facultad de hacer la partija conjunta es el artículo 157 LDCG., en cuyo apartado segundo y en relación con la necesidad de testamento, se establece que resulta indiferente que los cónyuges que parten de forma conjunta “*testasen por separado*”. Se exige, por tanto, que ambos cónyuges sean testadores, sin importar el tipo de testamento realizado: la voluntad de institución de los cónyuges puede estar contenida en un testamento conjunto –mancomunado– o puede traer causa de dos testamentos individuales³⁵⁴. Así pues, del citado artículo cabe concluir que, para poder

observación al respecto: “conforme con esta doctrina, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de junio de 1903, que la partición hecha por el testador supone un testamento previo en el que se dispone de los bienes, o la aplicación de las reglas de la sucesión intestada...” (*Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., p. 635).

³⁵³ Cfr. ALBALADEJO, “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., p. 926.

³⁵⁴ Caben varias posibilidades: a) que ambos cónyuges hayan testado de manera separada antes de contraer matrimonio –no es posible que hayan otorgado un testamento mancomunado en tal momento (arg. *ex art.* 137 LDCG.)–. Después de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges pueden –si lo desean– otorgar otros testamentos bien sean individuales o mancomunados. Que otorguen nuevo testamento será lo más frecuente, sobre todo en caso de que el régimen económico-matrimonial sea el de gananciales, ya que lo habitual es que el testamento otorgado con anterioridad a la celebración del matrimonio se refiera únicamente a los bienes privativos, aun cuando sea posible disponer de forma genérica de los gananciales (cfr. art. 1.379 Cc.); b) que ninguno de los cónyuges haya otorgado testamento antes de contraer matrimonio: en este caso será necesario que ambos otorguen testamento individual o en forma mancomunada para poder realizar una partija conjunta; c) que solamente uno de ambos haya testado antes de contraer matrimonio. Si una vez contraído

realizar la partición conjunta, resulta inexcusable la exigencia de uno o varios testamentos donde se contenga el acto dispositivo que aquélla tratará de ejecutar (cfr. art. 157.2. LDCG.).

En coherencia con ello, también se hace referencia a la necesidad de testamento en otros preceptos relativos a la partición conjunta. Así, el apartado 3 del artículo 157 LDCG. resalta dicha exigencia al regular la posible contradicción entre un testamento abierto y un documento no testamentario en el que se contenga la partición conjunta. Al margen de otras cuestiones que este precepto suscita y que serán analizadas en el presente trabajo, en lo que ahora interesa, cabe colegir que, al regular la posible contradicción existente entre un documento no testamentario en el que los cónyuges realizan la partición conjunta y un testamento abierto, parece claro que exige que en todo caso exista dicho testamento. A su vez, el artículo 158.1 LDCG. también hace referencia expresa a los testadores: “*la partición hecha por el testador o por los cónyuges testadores será válida...*”.

Sin embargo, siendo ello así, uno de los preceptos relativos a la partición conjunta pudiera hacer pensar que no resulta necesaria la existencia de testamento. En efecto, el apartado 2 del artículo 158 LDCG. al disponer que en la partición conjunta elaborada por los cónyuges “*el haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario*” puede ser satisfecho con los bienes de uno sólo de ellos, no utiliza el término “*testador*” sino el de “*causante*”. Así, establece que dicho haber “*podrá ser satisfecho con bienes de un solo causante*”. Con todo, a pesar de que en el inciso final del artículo a que nos referimos se utilice dicho término, la referencia expresa del apartado primero del mismo precepto a los testadores junto con el tenor literal del artículo 157 LDCG., regulador de la partición conjunta, despejan cualquier duda al respecto³⁵⁵.

éste, ambos no se avienen a otorgar un testamento mancomunado, el cónyuge que no testó antes de contraer matrimonio habrá de otorgar testamento individual. Entonces, la sucesión y la partición conjunta se realizarán con base en dos testamentos separados.

³⁵⁵ Vid. también los artículos 159 y 163 de la LDCG. Por lo que se refiere al Código civil, tanto el artículo 1.056 Cc. como los con él concordantes –arts. 1.057 y 1.058 Cc., entre otros– hacen referencia al “*testador*”. Asimismo, y en lo que atañe a los casos en que cesa la

A la vista de lo expuesto se puede afirmar que la exigencia de que el instrumento donde se deba contener el acto dispositivo al que la partija debe adecuarse sea un testamento, se deriva tanto del artículo que concede la facultad de partir –157 LDCG.– como de los artículos concordantes con él: 158 y siguientes de la LDCG. Así pues, cabe concluir que para esta modalidad de partición el testamento constituye un requisito ineludible.

2.2.3 Sobre la innecesariedad de testamento si se sigue la sucesión legal

A) Preliminar

Hasta aquí hemos considerado los argumentos que sustentan la opinión doctrinal mayoritaria, que coincide además con la interpretación literal y sistemática de las normas legales: aquella que estima que la partición es un negocio con virtualidad meramente determinativa, que necesita, por tanto, de una voluntad dispositiva y que, por disposición legal para el supuesto que comentamos, habrá de estar contenida en testamento, cualquiera que sea el vehículo formal en que se realice dicha partición (arg. *ex art.* 157 LDCG. y su correspondiente en el Código civil: el artículo 1.056 Cc.).

Sin embargo, como antes hemos avanzado, un grupo de autores del ámbito del Código civil considera que, aún siendo la partición una figura de naturaleza determinativa –la partija en todo caso ejecuta y no dispone ni instituye–, podría efectuarse tanto en los casos en que la voluntad dispositiva esté contenida en un testamento como en aquellos en que, sin haber testamento, la partición se adecue a las normas dispositivas de la sucesión legal: la inclusión de la voluntad dispositiva en un testamento sería, por tanto, solamente una posibilidad de las que actualmente existen en el ordenamiento

obligación de saneamiento por evicción, el artículo 1.070 del Código civil –aplicable a Galicia *ex art.* 3 LDCG.– se refiere en su apartado primero a aquél en que el “*testador*” haya realizado la partición. Como se aprecia, en todos estos preceptos también hay referencias expresas al “*testador*”.

jurídico³⁵⁶. Dicho de otro modo: aplicando la indicada tesis a la partición conjunta, según tales autores, unos causantes que no hayan otorgado testamento podrían realizar una partija conjunta de acuerdo con las normas de la sucesión intestada³⁵⁷. Así, no sólo los que hayan testado, sino cualquier causante podría realizar la partija de su herencia. Con todo, la partición realizada de acuerdo con las normas de la sucesión legal mantendría su naturaleza meramente determinativa y divisoria, sin virtualidad dispositiva alguna. Y ello porque, según afirman estos autores, el establecimiento de normas dispositivas le corresponde, en el ámbito del Código civil, bien a los testadores a través del testamento, bien a la ley a través de la sucesión legal (cfr. art. 658 Cc.)³⁵⁸.

Siendo ello así, conviene aclarar que la tesis a que se refiere el sector doctrinal que comentamos viene caracterizada por la inexistencia de testamento³⁵⁹. De este modo, constituye un supuesto distinto al caso en que la

³⁵⁶ El hecho de que la tesis señalada en el texto sea perfectamente referible a la partición conjunta extratestamentaria *ex art. 157.2 LDCG*, justifica su estudio detenido.

³⁵⁷ Aunque quien con mayor profundidad ha estudiado y defendido la tesis expuesta es ROCA SASTRE (cfr. “Partición de herencia por actos *inter vivos*”, cit., pp. 371 y ss.), también son partidarios de ella DE BUEN, quien nos parece funda su opinión con la transcripción literal del texto de la sentencia de 13 de junio de 1903 (*Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, tomo VIII, cit., p. 434) y SAPENA TOMÁS (“Un caso de renuncia a herencia futura admitido por el Tribunal Supremo (sentencia de 6 de mayo de 1953)”, *RDP.*, tomo XXXVIII, nº 445, abril, 1954, p. 305). Por último, parece que también MUCIUS SCAEVOLA defiende esta opinión pues resalta que: “si dictado ya su testamento o renunciando al derecho de testar (por aceptar como sus herederos a los que lo sean, según las reglas de la sucesión intestada), pretende separarse de las solemnidades que para testar se requieren, puede distribuir su caudal hereditario en documento que no sea testamentario y dictar sus disposiciones como si se tratara de las hechas para surtir efectos en vida” (*Código Civil*, tomo XVIII, cit., p. 402).

³⁵⁸ En el ámbito gallego, como es sabido, también se puede deferir la herencia a través de los pactos sucesorios (cfr. art. 117 LDCG.), a diferencia de lo que sucede en el Código civil en el que dichos pactos están generalmente prohibidos (cfr. art. 1.271.2 Cc.), con algunas excepciones (cfr. arts. 826, 827 y 1.341.2 Cc.).

voluntad de los causantes sea la de someterse a las normas de la sucesión intestada y así lo manifiesten en un documento testamentario con todas sus formalidades. En este supuesto, la partición realizada por los causantes, aún coincidiendo con las normas de la sucesión legal, entraría en el Código civil vía artículo 1.056 –en la LDCG. vía artículo 157–, porque al haber otorgado uno o varios testamentos donde establecen la voluntad de someterse a la sucesión legal tendrán la condición de testadores³⁶⁰. Por tanto, lo que aquí se cuestiona es la posibilidad de efectuar una partición conjunta de acuerdo con las normas de la sucesión legal y sin la existencia de testamento.

El obstáculo insalvable con el que choca la tesis a que nos referimos, y que a continuación se examina detalladamente, viene constituido por las disposiciones legales, que, como hemos visto, no permiten hacer la partija a los que mueren intestados (cfr. arts. 1.056 Cc., 157 LDCG. para el ámbito gallego, y concordantes). *Lege ferenda*, como se ha defendido, sería bueno admitir esta posibilidad, ya que se ampliaría entonces el espectro de personas que pueden realizar la partición³⁶¹: se eliminaría la actual limitación –sólo el testador o testadores pueden partir su herencia (cfr. art. 1.056 Cc., su equivalente en el Derecho gallego: art. 157 LDCG., y los arts. concordantes)– cuyo único fundamento reside, como posteriormente trataremos de justificar, en una opción tomada por el legislador y recogida en los citados cuerpos legales. Sin embargo, *lege data*, no resulta admisible esta tesis puesto que contraviene el tenor literal de los artículos que se refieren a la partición por testador. Sea ello como fuere, los argumentos que sustentan la tesis que

³⁵⁹ Evidentemente, esta tesis no sería aplicable a la partición testamentaria ex art. 157.1 LDCG..

³⁶⁰ Estaríamos en un caso parecido al reseñado en el texto si unos testadores, tras otorgar un testamento, realizan otro puramente revocatorio en el que no se contenga cláusula dispositiva alguna y llevan a cabo una partición con sujeción a las reglas del *abintestato*. Y ello porque, como declara el Tribunal Supremo, el testamento puramente revocatorio supone la voluntad del testador de “disponer en favor de los llamados a suceder *ab intestato*”. Cfr., entre otras, la STS de 6 de julio de 1914 (JC. tomo CXXXI nº 15).

³⁶¹ Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., pp. 348 y 349.

postula que la partición puede realizarse sin la existencia de un testamento y con sujeción a las normas de la sucesión legal son dos: por un lado, el tenor literal del artículo 1.075 Cc., y, por otro, una sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1903, que pasamos a comentar³⁶².

B) Argumentos referentes a la admisibilidad de la partición por testador con sujeción a la sucesión legal

a) El tenor literal del artículo 1.075 del Código civil

Respecto del primer argumento, el grupo de autores que defiende la tesis a que aludimos considera que al referirse el artículo 1.075 Cc. al “difunto” –“*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 fue otra la voluntad del testador*”– permite que cualquier causante realice la partición de su herencia conforme a las normas de la sucesión intestada, sin necesidad de haber otorgado testamento. Sin embargo, no parece ser ése el sentir mayoritario de la doctrina ni la interpretación que debe darse a tal precepto.

En efecto, en primer lugar podemos señalar que la función del artículo 1.075 del Código civil –único precepto en materia de partición por testador en el que no se operó la modificación de los términos “difunto” por “testador” que el Código civil efectuó respecto del proyecto de 1851³⁶³– consiste en

³⁶² Los argumentos referidos –perfectamente aplicables a una partición conjunta *ex arts.* 157 y ss. LDCG.– han sido elaborados y propuestos en el marco del Código civil, por lo que en la explicación que sigue no se hará referencia alguna al artículo 158.1 LDCG., cuyo contenido es parcialmente coincidente con el del artículo 1.075 Cc. Sobre la interpretación de ambos preceptos, vid. el capítulo séptimo de este trabajo.

³⁶³ En el Proyecto de 1851, tanto en el artículo 899, que regulaba la partición por el causante, como en los concordantes con él –arts. 902, 918 y 923– se hacía referencia al “difunto” y no al “testador”. Tales preceptos pasaron al Código civil actual con la misma redacción que tenían, variando únicamente el término “difunto” por el de “testador” –arts. 1.056, 1.058 y 1.070.1 Cc.–, a excepción del vigente artículo 1.075 Cc. –art. 923 del Proyecto– (cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo I, Sociedad Tipográfico-editorial, Madrid, 1852, pp. 263, 264, 273 y 277). En

establecer una excepción a la regla de la rescindibilidad de la partición por lesión (cfr. art. 1.074 Cc.) y no en determinar los sujetos que pueden partir. Así, respecto de la ausencia de la modificación terminológica reseñada, se puede apuntar que el artículo que comentamos “no prejuzga que todo difunto pueda partir”³⁶⁴. Para precisar esta cuestión resulta necesario acudir al precepto donde se concede tal facultad: el artículo 1.056 Cc. que dispone que “cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella...”.

En segundo lugar, cabe añadir que los artículos 1.056 y 1.075 del Código civil se mueven en “momentos cronológicamente distintos”³⁶⁵: el primero, cuando la partición es un proyecto revocable que aún no ha desplegado su eficacia, y, el segundo, cuando la partición ya es definitiva e irrevocable a consecuencia del fallecimiento de los testadores. De ello se colige que el artículo 1.075 Cc. se refiere al “difunto” porque todo “testador” (art. 1.056 Cc.) llegará a fallecer, aún cuando no todo “difunto” haya sido antes “testador”³⁶⁶.

nuestra opinión, y en contra de lo que defiende MARÍN LÁZARO (“La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*”, cit., p. 229), esta modificación en bloque evidencia su intencionalidad y pone de manifiesto que el Código civil concibe la partición como un negocio de naturaleza determinativa que exige, en todo caso, la existencia de un acto dispositivo contenido en un testamento al que se debe adecuar. Sobre este extremo, vid. las reflexiones de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., p. 509).

³⁶⁴ ALBALADEJO, “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., p. 925. Además, el citado autor realiza una comparación de la relación existente entre los artículos 1.056 y 1.075 Cc. y la que existe entre los artículos 1.001 y 1.002 del mismo Cuerpo legal (cfr. ALBALADEJO, “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., p. 925).

³⁶⁵ GÓMEZ MORÁN, “Testamento-partición”, cit., p. 603. Aunque, obviamente, este autor no lo indica, pues solamente estudia la partición realizada por el testador en el ámbito del Código civil, cabe realizar la misma interpretación en relación con el artículo 157 LDCG.

³⁶⁶ En efecto, resulta comprensible que el legislador se refiera en un caso al “testador” y en otro al “difunto” pues parece dar por supuesto que, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 1.056 Cc., no surgirá ningún problema de interpretación del artículo 1.075 Cc., ya que es aquel precepto el que establece de forma clara qué personas gozan de la facultad de partir.

Y, en tercer lugar, ha de tenerse en cuenta que la redacción del artículo 1.075 Cc. no sólo no hace decaer la exigencia de testamento, como hemos puesto de manifiesto, sino que tampoco facilita entender, como ha hecho la indicada doctrina, que en él se permita la realización de la partición conforme a las normas de la sucesión legal (cfr. arts. 912 y ss. Cc.). Si en la primera parte de este precepto se utiliza el término “*difunto*” –argumento en el que se apoya esta opinión doctrinal–, en la parte final del artículo se exige que el “*difunto*” sea “*testador*”, con lo que la interpretación que los partidarios de la referida tesis dan del precepto en cuestión se ve refutada incluso por la redacción del mismo artículo.

Por tanto, a lo que parece, tanto la dicción del propio precepto –solamente en su inciso final se refiere al “*testador*” para evitar reiteraciones–, la dicción de los artículos concordantes, así como la interpretación sistemática de los mismos, refutan esta tesis. En suma, según se comprueba, de los preceptos que regulan la partición por testador se deriva la necesidad de que tanto el causante –en el caso de una partición realizada de modo individual– como los causantes –en el caso de la partición conjunta– sean testadores.

b) La sentencia de 13 de junio de 1903

Visto que el texto del artículo 1.075 Cc. en nada hace decaer la exigencia de testamento, examinaremos ahora el segundo de los argumentos referidos: la sentencia de 13 de junio de 1903 (JC. tomo XCV nº 174).

En la citada resolución judicial, el Tribunal Supremo declaró que una partición puede estar “hecha, ya entre los (dichos) interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo se ajuste a un *testamento* que a las reglas de un *abintestato*...”³⁶⁷. En consonancia con lo anterior, el Tribunal

³⁶⁷ En otros considerandos de la misma sentencia se señala que: “al establecer –el segundo párrafo del artículo 1.271 Cc.– que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al art. 1.056, es claro que dicha diferencia (*sic*) obliga a entender igualmente que la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una *sucesión testamentaria o legal* a

Supremo reconoció en la misma sentencia que “el texto del artículo 1.056 no autoriza para entender que una persona pueda hacer “*por acto entre vivos*” la partición de sus bienes, a que se refiere la Sección en que figura dicho artículo, sin que exista *la norma de un testamento* que contenga la expresión de la última voluntad de aquélla o *la norma de la ley*, pues de otra suerte equivaldría la partición, hecha sin dicha norma, a un modo de testar no previsto, ni autorizado, ni incluido en el capítulo que trata de los testamentos, y en especial de la forma de los mismos...”³⁶⁸. Junto con ello, el Tribunal, con ocasión de fijar la eficacia de la partición y en coherencia con la posibilidad admitida de partir conforme a las disposiciones contenidas en un testamento o de acuerdo con las normas de la sucesión legal, hace una distinción en relación con los sujetos que llevan a cabo la partición refiriéndose al “*testador*” –si ha otorgado testamento– y al “*dueño del caudal hereditario*” –si no ha otorgado testamento–³⁶⁹.

De los textos transcritos se deduce con claridad que el Tribunal Supremo es partidario de entender que no es imprescindible la existencia de testamento, pudiendo realizarse la partición con sujeción a las normas de la sucesión legal. Así, en varias ocasiones se refiere el Tribunal Supremo a esta doble posibilidad de sujeción de la partición a un testamento o a las normas de la sucesión legal, dejando clara su viabilidad³⁷⁰. Por tal motivo no estamos de

cuyas reglas fundamentales y llamamientos de los interesados deberá acomodarse la partición”; y también que “(..) una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta *a un testamento que a las reglas de un abintestato*, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo...” (JC. tomo XCV nº 174).

³⁶⁸ JC. tomo XCV nº 174.

³⁶⁹ JC. tomo XCV nº 174.

³⁷⁰ A este respecto, ALBALADEJO comenta que, si bien de una parte de la sentencia “se podría, quizá, entender que se exige, no testamento o norma legal, sino única y exclusivamente testamento”, posteriormente reconoce que no sucede así: “al volver los siguientes (párrafos de la sentencia) sobre el mismo punto, y pronunciarse en sentido contrario, aclaran tal duda; es lo cierto que la sentencia tiene el sentido que le hemos dado”. De esta forma, concluye que la sentencia que comentamos permite la partición sin la sujeción

acuerdo con la interpretación que de esta resolución realiza DE LOS MOZOS, quien estima que la sentencia “no quiere decir que este segundo caso – sujeción a las reglas de un *abintestato*– pueda referirse a partición hecha sin testamento, sino simplemente a testamento en el cual no se hayan introducido disposiciones que modifiquen las reglas de la sucesión *abintestato*”³⁷¹; opinión que desde nuestro punto de vista no tiene suficiente apoyo en la referida sentencia. Siendo ello así, resulta preciso matizar varias cosas.

En primer lugar hay que tener en cuenta que, junto con el hecho de que la sentencia a que nos referimos constituye una resolución aislada en la jurisprudencia, la afirmación de la doble posibilidad de sujeción de la partición a un testamento o a las normas de la sucesión legal no constituye la razón decisiva del fallo, sino un mero *obiter dicta*, contradicho por el criterio jurisprudencial dominante, al que a continuación nos referiremos³⁷².

a un testamento (“Sólo el testador puede partir su herencia”, *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo II, Universidad de Oviedo, diciembre, 1954, pp. 48 y 49). Junto con lo expuesto, el citado autor resalta también que el magistrado que fue ponente de dicha sentencia –COVIÁN– incurrió en un error obstativo. Y ello por cuanto que dicho magistrado reconoció posteriormente que “el repetido artículo 1.056 menciona únicamente y atribuye esa facultad al *testador*, y no al *difunto*, y de ahí la inteligencia que le ha dado el Tribunal Supremo con sujeción a la que no se halla autorizada la partición por acto entre vivos sin que exista la norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad” (COVIÁN, voz “Partición de herencia”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXIV, Barcelona, 1910, p. 360).

³⁷¹ DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, cit., p. 176. En sentido parecido se pronuncia PUIG PEÑA, quien reconoce que “conforme, pues, a la doctrina que refleja esta sentencia –13 de junio de 1903– hará falta una disposición testamentaria en la que el testador, bien instituya heredero conforme a su libre criterio y ordenación, bien acepte el cuadro legal subsidiario de los mismos que establecen nuestras normas civiles” (cfr. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. III, cit., p. 211).

³⁷² En este sentido, PUIG BRUTAU reconoce que la doble posibilidad de sujeción de la partición constituye “una afirmación general hecha incidentalmente y no revela la verdadera razón decisiva del fallo recaído” (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 384).

En segundo lugar hay que resaltar, en efecto, que, con posterioridad a la sentencia que comentamos, el criterio jurisprudencial dominante ha contradicho lo establecido por la citada resolución. Ya en la Memoria del Tribunal Supremo del año siguiente –1904–, éste se pronunció estableciendo de forma categórica la necesidad de existencia de testamento en todo caso, conforme se dispone en el artículo 1.056 Cc. –criterio aplicable también al artículo 157 de la LDCG.– y en los preceptos concordantes con él. Pero es que además, junto con la opinión mantenida por el Tribunal Supremo en la citada Memoria, han sido innumerables las sentencias que posteriormente han declarado la necesidad de existencia de testamento³⁷³.

Por último, es oportuno poner de relieve también que la posibilidad admitida por el Tribunal Supremo en la citada sentencia carece de base legal, porque contraviene la claridad de los artículos 1.056 Cc. y concordantes, en los que se establece la necesidad de existencia de un testamento en el que se contenga el acto dispositivo al que la partición ha de adecuarse³⁷⁴.

³⁷³ Vid., a este respecto, las sentencias que se citan en el epígrafe 2.2.5 del presente capítulo.

³⁷⁴ ROCA SASTRE (“Partición de herencia por actos *inter vivos*”, cit., p. 380) considera que en los casos en que no existe testamento es necesario que el causante no testador haga una aceptación formal del régimen de distribución intestada “sin que esta manifestación implique forma alguna, no reconocida por la ley, de testamento”; opinión que no nos parece del todo adecuada. En efecto, junto con el hecho de que la inexistencia de testamento vulnera la disposición legal (cfr. art. 157 LDCG. y art. 1.056 en el ámbito del Cc.), creemos que tal declaración de aceptación del régimen legal fuera de testamento no añadiría nada a la ausencia de tal manifestación de sumisión. El resultado al que se llega es siempre el mismo: haya o no manifestación extratestamentaria en la que el causante se someta a las normas del Código, serán de aplicación las normas de la sucesión legal. Además, cabría entender también que si el causante no testador, sin necesidad de efectuar la citada aceptación formal, parte según las normas de la sucesión intestada, estaría reafirmando su voluntad de que su sucesión se lleve a efecto conforme al sistema del Código civil (cfr. ALBALADEJO, “Sólo el testador puede partir su herencia”, cit., p. 57, especialmente la nota 24). Por otro lado, ALBALADEJO reconoce que “tanto en este caso –existencia de un testamento donde remita a las normas del *abintestato*– como en el de morir intestado la realidad es que la regulación *material* de la sucesión de tal causante se hará por la norma legal, ya que en ambos supuestos venimos a desembocar en ella” (“Sólo el testador puede partir su herencia”, cit., p. 56). Con todo, aun

C) Conclusión

De lo anterior cabe concluir que, aunque la realización de la partición con sujeción a las normas de la sucesión intestada y sin que exista testamento sea una posibilidad a considerar, ni la Ley de Derecho Civil de Galicia ni el Código civil la admiten. De acuerdo con los textos legales ya citados –art. 157 LDCG., el art. 1.056 Cc., y los artículos concordantes–, en todo caso se requiere el otorgamiento de uno o varios testamentos donde –directa o indirectamente– se contenga la voluntad dispositiva de los testadores que la partición se encargará de ejecutar. De lo contrario, no será posible la realización de una partición por testador bajo ninguna de las dos modalidades en que ésta puede llevarse a cabo.

2.2.4. Sobre la posibilidad de partir conforme a la institución contenida en un pacto sucesorio

Una vez sentado que *lege data* no es posible efectuar la partición por testador –individual o conjunta– conforme a los llamamientos de la sucesión intestada si no existe un testamento donde se contenga la institución, cabe preguntarse por la viabilidad de que un causante realice la partición de su herencia de acuerdo con los criterios de institución contenidos en un pacto sucesorio³⁷⁵.

cuando ello sea así, es decir, aun cuando la regulación material aplicable a la sucesión del causante sean las normas de la sucesión legal, existe una diferencia importante entre los supuestos a que se refiere ALBALADEJO: en uno existe testamento –el causante es testador– y en otro no.

³⁷⁵ Sobre los pactos sucesorios en el Derecho gallego vid., entre otros, BELLO JANEIRO, *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, 2001 y BERMEJO PUMAR, “Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en VVAA., *Libro-homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1233-1282.

Como es conocido, en la Ley de Derecho Civil de Galicia los pactos sucesorios constituyen uno de los modos de deferir la sucesión (cfr. art. 117 LDCG.), a diferencia de lo que sucede en el Código civil (cfr. arts. 658 y 1.271.2). De acuerdo con ello, en el supuesto en que en un pacto sucesorio se contengan criterios de institución –por ejemplo, cuando al amparo de los artículos 128 y 129 LDCG. se pacta atribuir la mejora a uno de los hijos o descendientes–, la partición que de acuerdo con tales cuotas se pudiese efectuar cumpliría su función propia: concretaría en bienes determinados la disposición. Así, se concluye que, al menos en principio, desde una perspectiva teórica, no parece que exista obstáculo alguno a la admisibilidad de una partición efectuada conforme a la institución contenida en un pacto sucesorio.

Sea ello como fuere, a los efectos que ahora importan, hemos de precisar que cuando el pacto sucesorio de que se trate se incluya en un testamento –pacto de mejora a favor de tercero *ex* art. 129.2 LDCG.– ya se estará cumpliendo lo establecido por el artículo 157 de la LDCG.: existirá un testamento que contendrá el acto dispositivo que vendrá conformado por el pacto sucesorio³⁷⁶. En tal supuesto, la partición podrá concretar los criterios de institución del pacto sucesorio contenido en el testamento. En cambio, *lege data* no resulta posible efectuar una partición por testador –individual o conjunta– de acuerdo con los criterios de institución de un pacto sucesorio si éste se formaliza fuera de un testamento. Ello es debido a que la LDCG. exige

³⁷⁶ El ejemplo citado en el texto –pacto de mejora entre los ascendientes a favor de un tercero (hijo o descendiente)– constituye, a nuestro modo de ver, el único supuesto posible de pacto de mejora que puede incluirse en un testamento, en este caso mancomunado. En efecto, no cabría incluir en el testamento un pacto de mejora entre los ascendientes y el favorecido –hijo o descendiente–, ya que, como es conocido y según veremos, quienes otorgan dicho testamento son los cónyuges (cfr. art. 137 LDCG.). De otra parte, el tenor literal del artículo 128 LDCG. –“será válido el pacto o contrato sucesorio en el que se convenga la mejora a favor de cualquiera de los hijos o descendientes”– sugiere que el pacto de mejora a que se refiere es un pacto de carácter afirmativo o dispositivo –*pactum de succedendo*–, sin que sea posible un pacto de carácter negativo o abdicativo, o un *pactum de hereditati tertii*. Sobre éstas y otras cuestiones referidas a los artículos 128 y 129 de la LDCG., vid. PÉREZ ALVAREZ, “Comentarios a los artículos 128 y 129 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 884 a 909, en especial las pp. 892 a 895.

que, en la modalidad de partición que comentamos, el acto dispositivo se contenga en un testamento (cfr. arts. 157 y ss. LDCG.): no admite, por tanto, que aquél venga conformado por los criterios de institución contenidos en un pacto sucesorio extratestamentario³⁷⁷.

2.2.5 El criterio jurisprudencial

Una vez señaladas las distintas opiniones doctrinales y visto que la mantenida por la mayoría de los autores –necesidad de un acto dispositivo testamentario que la partición ejecuta– es la más acorde con los textos legales, resulta adecuado analizar cuál es el criterio mantenido por la jurisprudencia sobre este extremo, al margen de la sentencia de 13 de junio de 1903 (JC. tomo XCV nº 174), ya examinada. Del análisis de las sentencias que sobre esta materia se han dictado se puede concluir que existe un criterio jurisprudencial sin fisuras que viene a ratificar la opinión doctrinal mayoritaria³⁷⁸; criterio, en cuyo origen influyó la ya citada Memoria de 1904. En dicha Memoria, en relación con la partición realizada por un testador de modo individual –afirmaciones aplicables a la partición conjunta–, se reconocía, entre otras cosas, que “el testador, o sea el que testa, al que se refiere el Código, puede hacer la partición, o por última voluntad, en cuyo caso no existe dificultad alguna, o *por acto* entre vivos, es decir, después de haber testado, por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos (..); pero cuando no se realizan en estas condiciones, cuando sin la norma y la base de un testamento y sin los requisitos por la ley exigidos para la expresión de las últimas voluntades hay quien se entretiene en una u

³⁷⁷ La inexistencia de impedimentos teóricos para admitir la posibilidad señalada en el texto permite que en una futura reforma de la LDCG. se le dé entrada, ampliándose entonces el espectro de personas que pueden efectuar la partición conjunta.

³⁷⁸ Dada la identidad de razón que existe entre el artículo 157 de la LDCG. y el artículo 1.056 del Cc., le son referibles al primero las consideraciones que la jurisprudencia del ámbito del Código civil ha realizado en torno a la necesidad de existencia de un testamento conforme a lo establecido por el segundo. Por otro lado, la prohibición de los pactos sucesorios en dicho Cuerpo legal (cfr. art. 1.271.2 Cc.) ha motivado que la jurisprudencia haya hecho muy pocas referencias a ellos en relación con la partición.

otra forma de hacer manifestación sobre la manera como hayan de distribuirse sus bienes, esta manifestación, siquiera tenga el carácter formal de partición, no puede producir efecto alguno, ni como testamento ni como contrato”³⁷⁹.

Con posterioridad a esta Memoria, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido en otras sentencias. Entre ellas se puede destacar la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272), pues nos parece que es la resolución donde más claramente se declara la necesidad de testamento. En ella, en su considerando tercero, se reconoce que “la partición recibe fuerza y convalidación formal del testamento”³⁸⁰. Doctrina que ha sido recogida también, entre otras, en la sentencia de 6 de mayo de 1953 (RJA. nº 1.631) – “en modo alguno puede ser considerado como un convenio particional de bienes hereditarios hecho en vida del causante, que para ser válido, eficaz e irrevocable, como los recurrentes pretenden, debería estar respaldado por un testamento anterior o posterior, conforme a cuyas cláusulas se hubiera efectuado”– y en la de 29 de octubre de 1960 (RJA. nº 3.447). En esta última sentencia se declara que la autorización dada al testador para practicar “*entre vivos*” la división de su caudal –es decir, en un documento no testamentario– no puede “suponerse concedida (..) sino cuando la partición se halla respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que por de ella derivar y traer causa, ha de supeditarse, ya que al no ser la partición sino la ejecución o puesta en práctica de lo en

³⁷⁹ En la Memoria de 1904 se vuelve a reiterar la exigencia de testamento determinando que “ya queda explicado el sentido, alcance y concepto de la partición, que no es realmente sino el complemento de un testamento modificable por su naturaleza según la voluntad del testador”; y también que “las particiones legítimamente hechas en vida podrán producir efecto de contrato, pero es después de la muerte del testador, siempre que se refieran a un testamento legalmente válido y subsistente”.

³⁸⁰ En otros considerandos de la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272) se repite la idea resaltada en el texto: “la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley”. Como se puede apreciar, aún en el caso de que el causante quiera partir conforme a las normas de la sucesión legal ha de remitirse a ellas a través de un testamento.

testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste”³⁸¹.

En la actualidad existen pocas sentencias en que se repita esta doctrina. Ello viene motivado, a nuestro juicio, porque ya no plantea litigiosidad alguna la necesidad de existencia o no de testamento, por cuanto que la exigibilidad de este requisito conforma un criterio absolutamente consolidado en la jurisprudencia, de tal modo que no es necesario volver a pronunciarse sobre él.

2.2.6 Conclusión

A modo de conclusión de lo hasta ahora expuesto, cabe afirmar que, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Derecho Civil de Galicia –también por el Código civil– y según ha señalado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, para el caso de una partición realizada por los titulares de los patrimonios a repartir resulta imprescindible la existencia de un acto dispositivo que determine los sujetos entre quienes la partición distribuirá el haber hereditario, y que, necesariamente, se habrá de contener en un testamento (arg. *ex* arts. 157 LDCG. y concordantes, y arts. 1.056 y concordantes en el ámbito del Código civil) –con independencia de que la partición se efectúe en el mismo testamento o en un documento no testamentario³⁸². De este modo, la partición, además de cumplir los requisitos que la LDCG. exige, en virtud de su carácter accesorio habrá de

³⁸¹ Exigiendo la necesidad de testamento, vid., también la sentencia de 28 de junio de 1961 (RJA. nº 2.748).

³⁸² Como ya se ha advertido, debido a la dificultad que existe en la práctica para delimitar con precisión lo propiamente dispositivo y lo particional, es posible que cuando la partición se contenga en el testamento, a continuación de la parte dispositiva, se contradiga con ella en algún extremo. Entonces, esa partición podrá estar encerrando una verdadera voluntad de institución bajo la forma particional. Las cláusulas del testamento que contengan dicha voluntad serán entonces dispositivas y no meramente particionales, aunque se aglutinen bajo el nombre de partición y ésa sea su apariencia.

sujetarse también a lo establecido por el acto dispositivo testamentario, que viene a ser la “ley” por la que se debe regir la partija³⁸³.

Lo que, a los efectos que ahora interesan, permite afirmar que la relación que existe entre testamento y partija es, en cierto sentido, similar a la que se da en el ordenamiento jurídico entre una ley y un reglamento ejecutivo: la ley dispone, y el reglamento concreta, desarrolla y ejecuta; la ley es el título que habilita al reglamento, y, por ello, éste debe adecuarse a la disposición legal, y a través de dicha ley es como el reglamento se inserta en el ordenamiento jurídico. Así, de la misma forma que dicho reglamento exige una ley, la partija efectuada por el causante necesita de voluntad dispositiva a la que adecuarse, que habrá de contenerse en un testamento.

Ello es así a pesar de que la inhabilidad de la partición para otorgar la cualidad de heredero y la necesidad de que exista un llamamiento que conceda tal cualidad justifiquen teóricamente la viabilidad de una partija realizada de acuerdo con las normas de la sucesión legal o conforme a los llamamientos contenidos en un pacto sucesorio extratestamentario, sin traer causa ni sujetarse a un testamento (arg. *ex art.* 117 LDCG.). En tal caso, habría unos destinatarios instituidos en virtud de la disposición legal o del pacto sucesorio, y la partición realizaría su función típica: concretar la disposición. Siendo ello así, *lege data*, el legislador ha optado por exigir el otorgamiento de uno o varios testamentos (cfr. arts. 157 LDCG. y concordantes y sus equivalentes en el Código civil) donde –directa o indirectamente– se contenga la voluntad dispositiva de los testadores,

³⁸³ De igual modo, el testamento donde se contenga el acto dispositivo deberá someterse a los requisitos de forma y de fondo establecidos en la Ley de Derecho Civil de Galicia y en el Código civil. Ha sido SÁNCHEZ ROMÁN quien ha realizado un paralelismo muy atinado entre las normas que deben cumplir tanto el testamento como la partición. Escribe este autor: “la partición de la herencia es la ejecución del testamento y uno y otra son actos que, como todos los jurídicos, necesitan conformarse exactamente con las leyes que los regulan; pero, así como el testamento está sujeto solo a las leyes generales, la partición lo está de modo indirecto a aquéllas a través del testamento mismo y de modo directo a éste, que es su ley especial” (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 1986).

cerrando el paso a las posibilidades apuntadas, cuya incorporación a la legislación no tendría problema alguno ya que no desvirtuarían la esencia de la partición: la necesidad de existencia de testamento no constituye un requisito esencial de la partición en cuanto único medio de determinación de herederos, sino que es solamente una posibilidad de las existentes en el ordenamiento jurídico –por la que optó el legislador–³⁸⁴.

2.3 Tipos de testamento y su validez

Determinado que el acto dispositivo testamentario constituye el presupuesto que el artículo 157 de la LDCG. exige para poder efectuar la partición conjunta, en los epígrafes que siguen centraremos nuestra atención en algunos aspectos relativos al mismo. En concreto, y según hemos avanzado, nos referiremos a los distintos tipos de testamento en que se puede contener dicho acto dispositivo y su validez, su relación temporal con la partición y su revocabilidad, así como el modo en que estas cuestiones inciden en la partición en virtud del principio de accesoriedad que caracteriza a ésta.

Por lo que atañe al primero de los citados aspectos, a efectos de entender cumplido el presupuesto exigido por la Ley de Derecho Civil de Galicia para efectuar la partición conjunta resulta necesario que los causantes hayan otorgado un testamento mancomunado o dos testamentos individuales –cualquiera que sea su forma– y que éstos sean válidos. En efecto, si el testamento o testamentos de que trae causa la partición no gozan de validez, la partición realizada conforme a ellos tampoco tendrá virtualidad al carecer de su antecedente necesario. En virtud del principio de accesoriedad, la distribución de bienes realizada conforme a determinados llamamientos testamentarios

³⁸⁴ Según resalta ALBALADEJO (“Sólo el testador puede partir su herencia”, cit., p. 57) “las mismas razones que hay para permitir esta partición del art. 1.056 si hay testamento, existen para permitirla cuando, en defecto de aquél, se aplique la norma legal, siempre y cuando, en ambos casos, se ajuste la división a lo dispuesto en el uno o en la otra. Luego más acertado, a nuestro entender, hubiese sido haber copiado en el artículo 1.056 el *difunto* del artículo 899 del Proyecto de 1851, y no sustituirlo por *testador*, para de esta forma, haberle dado el verdadero alcance que la naturaleza de las cosas requiere”. Un razonamiento similar cabría esgrimir respecto de los pactos sucesorios.

carece de sentido en cuanto el instrumento o instrumentos en que se realizan tales llamamientos se declaran nulos. Así, en caso de declaración de nulidad del testamento o testamentos, el llamamiento se realizará, como sabemos, conforme a las normas del Código civil (arg. *ex arts.* 152 LDCG. y 912.2 Cc.) cuya aplicación, en principio, determinará la necesidad de realizar una nueva partición conforme a las cuotas de institución establecidas por aquél³⁸⁵.

Pues bien, como es conocido, la nulidad de un testamento puede originarse por varios motivos: por la falta de capacidad en el testador (arts. 662 a 666 Cc.), por concurrir vicios materiales (art. 673 Cc.), por el incumplimiento de las prohibiciones legales (*ad ex.* art. 670 Cc.), o por existir defectos formales para los que el artículo 687 Cc. establece la sanción de la nulidad³⁸⁶. Con

³⁸⁵ Serán de aplicación los llamamientos de la sucesión intestada si no existe un testamento mancomunado o dos testamentos individuales anteriores que recuperen su vigencia a causa de la declaración de nulidad del testamento o testamentos posteriores (cfr. art. 739 Cc.).

³⁸⁶ Respecto de la necesidad de observancia de las solemnidades testamentarias, se ha de indicar que la exigencia de su cumplimiento para la validez es un criterio jurisprudencial firme. A modo de ejemplo, se pueden destacar las sentencias de 10 de julio de 1944 (RJA. nº 911), 19 de junio de 1958 (RJA. nº 2.163), 27 de septiembre de 1968 (RJA. nº 5.163), 10 de noviembre de 1973 (RJA. nº 4.163) y 16 de junio de 1997 (RJA. nº 5.411). Por otro lado, se ha de reconocer también que la jurisprudencia ha ido evolucionando y actualmente no otorga iguales efectos y alcance a todas las solemnidades legales, distinguiendo varios niveles. En este sentido, en vez de mantener como antaño un criterio estricto que lleve aparejada la nulidad de un testamento ante cualquier incumplimiento de las formalidades testamentarias, ha venido sosteniendo un criterio menos rigorista, de tal forma que no declara nulo el testamento en todos los casos (cfr. nota nº 389 sobre el principio jurisprudencial de la incomunicabilidad de la nulidad de una cláusula a todo el testamento). De igual modo, la jurisprudencia también reconoce que el artículo 687 Cc. se refiere a aquellas formalidades que pueden afectar a la esencia y validez del otorgamiento, sin que dicho precepto tenga un carácter absoluto. De acuerdo con esta concepción, la sentencia de 4 de abril de 1895 (JC. tomo LXXVII nº 98) declaró nulas y sin valor las palabras tachadas o enmendadas que no fueron salvadas por el testador después de su firma, sin arrastrar la nulidad de todo el testamento (cfr. art. 688 Cc. y la sentencia de 24 de febrero de 1961 –RJA. nº 351–). De otra parte, la jurisprudencia considera que arrastran la nulidad de todo el testamento, entre otros: la falta de firma en un testamento ológrafo (cfr. art. 688 Cc. y las sentencias de 5 de junio de 1925 –JC. tomo CLXVII nº 11– y de 19 de diciembre de 1956 –RJA. nº 3.860–), la falta de idoneidad de un testigo (cfr. art. 681 Cc. y la sentencia de 18 de octubre de 1917 –JC. tomo

todo, siendo las citadas las causas de nulidad de un testamento, no todas operan de igual forma, pudiéndose distinguir como se ha hecho, diferentes grados de ineficacia³⁸⁷.

Así las cosas, en alguno de los supuestos apuntados podemos encontrarnos con la situación de que la voluntad dispositiva de los testadores está perfectamente clara pero no produce efecto alguno al declararse la nulidad del testamento o testamentos en que tales voluntades se contienen –por ejemplo, nulidad por inobservancia de las formalidades testamentarias–³⁸⁸. Pues bien,

CXLI nº 107–), su menor edad (cfr. art. 681 Cc. y la sentencia de 30 de noviembre de 1906 – JC. tomo CV nº 151–), o su parentesco con el testador, o su condición de empleado del Notario (cfr. art. 681 Cc. y las sentencias de 11 de enero de 1928 –JC. tomo CLXXX nº 37– y 10 de julio de 1935 –RJA. 1.553–). Acerca de la modificación del criterio de la jurisprudencia, vid. las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1909 (JC. tomo CXIV nº 88), 21 de octubre de 1915 (JC. tomo CXXXIV nº 50) y 11 de febrero de 1929 (JC. tomo CLXXXVII nº 116).

³⁸⁷ En la doctrina, LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., pp. 238 y ss.) han distinguido entre la *nulidad absoluta* de un testamento, cercana a la inexistencia del mismo, la *nulidad relativa* y la *anulabilidad*; distinción que no es unánimemente aceptada (vid. un resumen de las distintas opiniones doctrinales en TALMA CHARLES, “La teoría sobre los vicios de la voluntad en la jurisprudencia, y su aplicación al ámbito sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 18, abril-junio, 1996, pp. 157-172). Pero en fin, sea ello como fuere, de acuerdo con la referida división, la *nulidad absoluta* tendría lugar: cuando falta la “forma fundamental” de un testamento –por ejemplo, la autografía en el testamento ológrafo (cfr. art. 688 Cc.) o la presencia del Notario en el abierto (cfr. arts. 679 y ss. Cc.)–, cuando hay falta absoluta del consentimiento o cuando se infringen las prohibiciones legales de los artículos 669 y 670 Cc. –el primero de estos últimos preceptos citados sólo resulta aplicable en el ámbito del Código civil, a la vista de los artículos 137 y ss. de la LDCG.–. Junto con esta categoría, la *nulidad relativa* tendría lugar cuando existan vicios formales que no afectan a la “forma fundamental” de un testamento; es decir: en tales instrumentos se ha omitido una formalidad que no afecta a los requisitos básicos de la forma testamentaria. Y, por último, la *anulabilidad* tendría lugar cuando existan vicios materiales o defectos no sustanciales de capacidad.

³⁸⁸ Como reconoce la jurisprudencia, no basta con que sea conocida la voluntad dispositiva del testador, sino que es necesario que ésta sea expresada de forma solemne. Así, y aunque en otro orden de cosas, la jurisprudencia considera que no se puede suplir la ausencia de solemnidades legales por los medios probatorios ordinarios. Cfr., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1906 (JC. tomo CV nº 151), 9 de

trasladando esta posibilidad al ámbito de la partija nos podemos encontrar con una partición técnicamente perfecta, realizada de acuerdo con las voluntades dispositivas contenidas en uno o más testamentos, pero que no despliega ningún efecto por la declaración de nulidad del instrumento del que trae causa. En tal caso, si se llegase a acudir a una partición judicial *ex arts.* 1.059 Cc. y 782 y ss. LEC., aun cuando la voluntad partitiva de los testadores estuviese perfectamente clara, el juez debería aplicar preferentemente el criterio partitivo que impone la igualdad recogido en el artículo 1.061 del Código y que resulta referible a dicha modalidad de partición. Y ello porque, aún estando clara la voluntad partitiva de los testadores, ésta no produce ningún efecto al ser nulos los testamentos en que se apoya la partija; lógica consecuencia del carácter accesorio de la partición respecto del acto dispositivo testamentario. Todo lo más que podría hacer el juez en la partición que ha de llevar a cabo sería intentar armonizar la voluntad dispositiva y partitiva de los testadores –voluntad que carece de validez– con los criterios de atribución de cuotas de la sucesión legal.

Sentado lo anterior, es preciso señalar también que, junto con los distintos grados de ineficacia de un testamento, la sanción de la nulidad del mismo se puede ver matizada por el juego del principio del *favor testamenti*, según hemos puesto de relieve en el capítulo primero. De acuerdo con este principio, siempre que sea posible se estará por la validez del testamento. En este sentido, no está de más recordar la distinción efectuada por la jurisprudencia y la doctrina entre la nulidad de un testamento y la nulidad de las disposiciones testamentarias que, de acuerdo con el principio a que nos referimos, no arrastran ordinariamente la nulidad de todo³⁸⁹. Así, es posible que se declare

marzo de 1908 (JC. tomo CX nº 85), 7 de junio de 1923 (JC. tomo CLIX nº 83) y 1 de diciembre de 1927 (JC. tomo CLXXIX nº 7).

³⁸⁹ Así lo ha expresado la jurisprudencia en la sentencia de 12 de noviembre de 1964 (RJA. nº 5.080) al decir que “existen dos grupos de causas de nulidad, unos que se llaman de nulidad general, pues afectan al testamento considerado como un todo orgánico indivisible –son las referentes a la capacidad, al consentimiento, a las solemnidades esenciales para su validez–, y otras, denominadas causas de nulidad parcial, que sólo originan la ineficacia de la cláusula que contraviene un determinado precepto legal, sin comunicación a todo el testamento”. Sobre este punto, vid. las distintas concepciones que recogen MANRESA

la nulidad total de un testamento o únicamente la nulidad parcial del mismo. Esta última, en aquellos casos en que se declara nula una cláusula pero no todo el instrumento testamentario (cfr. *ad ex.* arts. 737, 743, 750, 752, 754, 792 y 814 Cc.)³⁹⁰.

(*Comentarios al Código civil español*, tomo VI, 7ª edición revisada por Ogáyar y Ayllón, Reus, Madrid, 1951, pp. 499-501), LUCAS FERNÁNDEZ (“Comentarios al artículo 687 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. I-A, Edersa, Madrid, 1990, pp. 366-382, especialmente las pp. 367-370) y SANCHO (“Comentarios al artículo 743 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1847). De todos modos, cabe afirmar que la nulidad parcial tiene los mismos atributos que la total –no produce efectos, no es convalidable, no prescribe– aún cuando únicamente afecte a una parte del negocio y no a éste en su integridad (cfr. CASANUEVA SÁNCHEZ, *La nulidad parcial del testamento*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 114 y 115, y 171 y ss.)

³⁹⁰ Vid. las causas de nulidad parcial del testamento que recoge CASANUEVA SÁNCHEZ (*La nulidad parcial del testamento*, cit., pp. 122-169). Por otro lado, en relación con las solemnidades testamentarias, la jurisprudencia ha venido reconociendo, de una parte, la validez de una especie de convalidación por los coherederos interesados de un testamento declarado nulo por defectos formales, y, de otra, que no puede invocar la falta de solemnidades legales quien haya prestado su conformidad al testamento nulo, ya sea expresa o tácitamente (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1901 –JC. tomo XCII nº 123–, 28 de febrero de 1906 –JC. tomo CIII nº 77– y la de 28 de febrero de 1908 –JC. tomo CX nº 77–, entre otras). Respecto de la citada “convalidación” vid. también las resoluciones de la DGRN. de 26 de septiembre de 1904 (JC. tomo XCVIII nº 178), de 2 de agosto de 1913 (JC. tomo CXXVIII nº 33) y de 10 de diciembre de 1913 (JC. tomo CXXVIII nº 158). Como se puede colegir, no se trata, en tales casos, de defectos formales que afectan a la sustancia del testamento y que implican su “inexistencia”. Y, en la doctrina, sobre la posibilidad de “convalidar” el testamento nulo, vid. las distintas opiniones que mantienen CLAVERÍA GOSÁLBEZ (“La *sanatoria excepcional* de disposiciones testamentarias nulas en el Derecho español”, *RDP.*, tomo LXI, septiembre, 1977, pp. 627-647) y CAPILLA RONCERO (“Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento válido”, *ADC.*, tomo XL-I, enero-marzo, 1987, pp. 3-88, en especial las pp. 72-83). En otro orden de cosas, no está de más recordar aquí la posibilidad de conversión del testamento cerrado en ológrafo permitida por el artículo 715 Cc., aun cuando, en sentido estricto, no se trate de una convalidación de un testamento nulo: “*es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta Sección; (..) Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviese escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento*”.

En coherencia con la división realizada por la jurisprudencia y la doctrina entre nulidad total y nulidad parcial del testamento, y por lo que a la partición se refiere, el principio de accesoriedad de la misma respecto de aquél determina que tanto la declaración de nulidad de todo un testamento como la declaración de nulidad parcial del mismo afectarán a la partición. Así por ejemplo, si se declara la nulidad total del testamento mancomunado o la de los dos testamentos de que la partición trae causa, ésta será totalmente nula. De igual modo, la nulidad parcial del testamento o testamentos conllevará la nulidad parcial de la partición³⁹¹. Sin embargo, aun siendo ello así, no se ha de olvidar que en el ámbito particional, como ya hemos referido, existe un correlato del principio del *favor testamenti* que matiza el juego del principio de accesoriedad: el *favor partitionis* –ambos son concreciones del principio general del *favor negotii*–. Por tanto, de acuerdo con dicho principio, en la medida de lo posible también habrá de estarse por la validez de la partición. En este sentido, si únicamente se declara la nulidad total de uno de los dos testamentos de que la partición trae causa, o si la nulidad del testamento mancomunado sólo afecta a las cláusulas de uno de los otorgantes, podría plantearse la conversión de las cláusulas de la partición conjunta no afectadas por dicha nulidad en una partición individual³⁹².

Por último, y para terminar el presente epígrafe, solo resta apuntar que la nulidad del testamento mancomunado o de los testamentos individuales a que nos referimos –que producirá consecuencias para la partición– se ha de

³⁹¹ En algunos casos, por ejemplo, cuando la partición conjunta sea unitaria o tenga cláusulas correspectivas, resulta más difícil mantener la validez parcial de la partición habida cuenta del indicado carácter unitario o de la dependencia que introduce la correspectividad.

³⁹² Como cabe colegir, ello resulta factible si no existen cláusulas correspectivas y si la partición conjunta se ha hecho organizando separadamente la sucesión. En efecto, la nulidad de una parte del testamento o de la totalidad de uno de los dos testamentos no impiden defender la conversión de la partición no afectada por la nulidad en una partición individual. En los supuestos de partición unitaria será más complicado defender la indicada conversión por cuanto que en tal modalidad de partición se hace un *unum* con los bienes y, a salvo existencia de cláusulas correspectivas, la partes actúan *ex uno latere*.

determinar en relación con el tiempo del otorgamiento de los mismos y no con el momento en que éstos despliegan sus efectos. Tanto las solemnidades testamentarias como los demás requisitos que establecen la Ley de Derecho Civil de Galicia y el Código civil para que un testamento sea válido han de ser cumplidos en el momento del otorgamiento de éste³⁹³.

2.4 La relación temporal entre el testamento y la partición

Visto que la eficacia de la partición está subordinada en todo caso a la del testamento o testamentos en que se contiene el acto dispositivo, seguidamente examinaremos cuál es la relación entre ambas figuras desde un punto de vista temporal. Y es que, aunque acto dispositivo testamentario y partición produzcan sus efectos tras el fallecimiento de los testadores (arg. *ex* arts. 657 y 661 Cc.), es preciso cuestionarse si la dependencia de la partición respecto del acto dispositivo testamentario tiene también una dimensión temporal en vida de los testadores; es decir: si es necesario seguir un orden cronológico para realizarlas o no.

Partiendo de la idea de que los testadores pueden otorgar testamento y efectuar la partición en el momento que estimen conveniente, parece que lo más lógico y acorde con el principio de accesoriedad es que los testadores otorguen testamento antes de realizar la partición –ésta, no se olvide, debe atenerse a las atribuciones de cuota contenidas en aquél–. Así, una vez otorgado el testamento, los testadores procederán a partir conforme a la voluntad dispositiva contenida en aquél, ya realicen la partición en el mismo instrumento o en otro documento (cfr. art. 157 LDCG.). De la misma forma,

³⁹³ Cfr., entre otras, la sentencia de 30 de junio de 1914 (JC. tomo CXXX nº 135). En otro orden de cosas, la acción para pedir la nulidad de un testamento es una acción privada de carácter declarativo que corresponde a los que se benefician de ella (vid., la sentencia de 13 de julio de 1989 –RJA. nº 5.610–) y se dirige contra los beneficiados por la validez del testamento –los instituidos en éste– y los albaceas, si existen (cfr. las sentencias de 26 de junio de 1907 –JC. tomo CVII nº 127– y de 27 de mayo de 1913 –JC. tomo CXXVII nº 89– y la resolución de la DGRN, de 26 de septiembre de 1904 –JC. tomo XCVIII nº 178–). Sobre la necesidad de intervención del Notario en dicho proceso, cfr. GONZÁLEZ PORRAS, “Comentarios al artículo 705 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. I-B, Edersa, Madrid, 1987, p. 303 y las sentencias que allí cita.

nada impide que realicen la partija de modo simultáneo al otorgamiento del testamento o testamentos donde se contenga la voluntad dispositiva.

Siendo ello así, la jurisprudencia, desde antiguo, ha venido mitigando el cumplimiento riguroso de este proceso lógico. En efecto, el Tribunal Supremo ha admitido en más de una ocasión que un causante realice primero la partición y posteriormente otorgue testamento –razonamiento aplicable al supuesto de la partición conjunta–³⁹⁴. En tal caso se podría objetar que los partidores gozarían de tal condición sin existir el acto dispositivo testamentario, con lo que parece que se contravendría el tenor literal del artículo 157.2 LDCG., que exige que los causantes que realizan la partición conjunta de su herencia sean testadores. Sin embargo, ello no sucede puesto que ambas figuras –partición y testamento en el que se contiene el acto dispositivo– se refieren y producen sus efectos a la muerte de los otorgantes. Así, si en el caso indicado, los causantes que han efectuado la partición fallecen sin otorgar testamento, tal partición no será eficaz y no desplegará ningún efecto, ya que incumplirá la exigencia legal de someterse a un testamento del que depende y trae causa.

Otro inconveniente que se le puede achacar a la posibilidad apuntada es que puede suponer el desvirtuamiento de la naturaleza de ambas figuras. Como sabemos, la función propia de la partija es distribuir el caudal hereditario entre los herederos instituidos en el testamento o testamentos otorgados. Siendo ello así, la elaboración de la partición con anterioridad al testamento puede dar lugar a que se realice un testamento de acuerdo con lo que se estableció en la partición, al no exigirse un orden cronológico determinado; es decir, al no exigirse que el otorgamiento del testamento sea anterior en el tiempo a la partija. Pues bien, si en la práctica ya resulta difícil efectuar una partición totalmente acorde con lo establecido en el acto dispositivo testamentario, mayor dificultad entrañará realizar aquella con

³⁹⁴ Cfr., entre otras, las sentencias de 6 de marzo de 1917 (JC. tomo CXXXIX nº 109), 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272), 6 de mayo de 1953 (RJA. nº 1.631) y 28 de junio de 1961 (RJA. nº 2.748).

anterioridad cronológica a éste siguiendo un proyecto previo de institución. Así, si se realiza la partija antes del otorgamiento del testamento o testamentos, sobre todo en el caso de que la partición se contenga en un documento distinto de aquél, se acaba testando como se partió³⁹⁵. Esta situación podría hacernos concluir que se dulcifica el principio de accesoriedad de la partija respecto del acto dispositivo testamentario, pues el contenido de este último vendría a acomodarse a lo establecido en la partición. No sería entonces la partición la que se adecuase a la institución testamentaria de la que depende y trae causa, y cuyas disposiciones se encarga de ejecutar, sino que el contenido del testamento o testamentos se establecería de acuerdo con las atribuciones particionales realizadas. Pues bien, la unidad dispositivo-determinativa que existe entre testamento y partija, a la que nos hemos referido con anterioridad, minimiza el inconveniente apuntado de desnaturalización de ambas figuras. Como ha resaltado ROYO MARTÍNEZ: “la imputabilidad, tanto del testamento como de las adjudicaciones, al último instante de la vida del *de cuius* salva la aparente incongruencia de que la partición sea de fecha anterior al testamento”³⁹⁶.

Así las cosas, y tras el examen somero de los inconvenientes que teóricamente podría presentar la realización de la partición con anterioridad al testamento, pero que, como hemos visto, en la práctica no constituyen obstáculos de entidad, cabe resaltar que el criterio jurisprudencial apuntado mantenido por el Tribunal Supremo desde antiguo ha sido recogido de modo implícito por el artículo 157.3 LDCG., en el que se establece que si existe contradicción entre una partición conjunta extratestamentaria y un testamento abierto, para que aquella valga habrá de ser “*de fecha posterior al*

³⁹⁵ Es importante tener en cuenta que, en la práctica notarial, el número de testamentos que contienen una partición realizada por el testador perfecta o con intención de ser una partición onmicomprensiva del haber hereditario, ya sea individual o conjunta, es muy escaso. Lo más frecuente es que los testadores únicamente incluyan en el testamento atribuciones particionales singulares.

³⁹⁶ *Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 339.

testamento”. Así pues, el texto del citado precepto permite colegir que en él se admite *a sensu contrario* la posibilidad apuntada³⁹⁷.

Recapitulando lo expuesto y poniéndolo en relación con lo explicado sobre la eficacia de la partición, cabe extraer tres conclusiones. Primera: la relación de dependencia de la partición respecto del acto dispositivo testamentario no necesariamente ha de darse en el orden temporal: la accesoriedad de la partición no se rompe por realizarse con anterioridad al otorgamiento del testamento o testamentos. En efecto, la eficacia de ambas figuras se refiere a un mismo momento: el del fallecimiento de los testadores –momento en que podrán desplegar sus efectos, pues hasta entonces no serán más que meros proyectos revocables–. Segunda: como consecuencia del principio de accesoriedad, la partición no será válida en todos los supuestos en que el testamento donde se contenga el acto dispositivo –anterior o posterior– no goce de validez, ya que la subsistencia de aquélla depende de la del negocio principal –el testamento–. Por tanto, en caso de que la partición se haya realizado con anterioridad o posterioridad al otorgamiento del testamento o testamentos cuya invalidez se declare, dicha partición no producirá efecto alguno puesto que no estaremos ante el supuesto especificado en el artículo 157.2 LDCG.³⁹⁸ Y tercera: la admisibilidad de la innecesariadad de orden cronológico no empece para reconocer que lo más lógico es que se realice la partición con posterioridad al otorgamiento del instrumento testamentario.

2.5 La revocación del testamento y su incidencia en la partija

Tras el examen de las modalidades admisibles de testamento, su validez, y la relación temporal de aquellos con la partición, una última cuestión nos resta analizar en el presente apartado: la referida a la revocación del acto dispositivo testamentario y su incidencia en la partición. A tal efecto y para

³⁹⁷ El sentido e interpretación de este complejo artículo se examinarán detalladamente en el capítulo séptimo.

³⁹⁸ Esto se debe, como sabemos, al hecho de que la partición realizada se condiciona a la perfección y validez del testamento de que trae causa.

una mejor comprensión de la citada cuestión, consideramos necesario realizar algunas precisiones relativas a la revocabilidad de la partija conjunta, aun cuando en otro capítulo de este trabajo se examinen con detalle los modos de revocación de la misma.

Según es conocido, el testamento es un acto esencialmente revocable (arg. ex art. 737 Cc., y 137 LDCG. en relación con el testamento mancomunado), siendo la finalidad que da razón de sentido a la revocación que la voluntad real de los testadores esté en todo momento en armonía con la voluntad manifestada en el testamento o testamentos. Así, revocar –ya sea de forma expresa o tácita, total o parcial (cfr. arts. 738 y 739 Cc.)– implica privar de eficacia al testamento anterior mediante el otorgamiento de otro nuevo³⁹⁹. Con esta revocación se pone de manifiesto que la voluntad contenida en el primer testamento, y que se ve privada de eficacia, no coincide con la voluntad real del testador, contenida en el último testamento. Siendo ello así, el Código civil no establece ninguna limitación a la libertad de que goza un testador para modificar en cualquier instante su voluntad, y por tanto, revocar su testamento al objeto de conseguir que exista en todo momento esta adecuación de voluntades: la real y la manifestada (cfr. art. 737 Cc.).

Esta realidad, aceptada pacíficamente por todos, resulta de aplicación también a la voluntad partitiva de los testadores. Así, y según hemos avanzado páginas atrás, la partija –acto de última voluntad que produce efectos tras el fallecimiento de los causantes– también puede modificarse las veces que se estime oportuno hasta dicho fallecimiento⁴⁰⁰.

De esta forma, al ser tanto el acto dispositivo testamentario como la partición actos de última voluntad, los testadores pueden modificar su

³⁹⁹ El testamento posterior puede contener una nueva disposición de los bienes para después de la muerte (cfr. 667 Cc.) o ser un testamento puramente revocatorio. Sobre la revocación real del testamento cerrado, vid. el artículo 742 Cc.

⁴⁰⁰ A los efectos que ahora interesan, lo indicado en el texto vale como principio general. Con todo, como veremos al estudiar la partición unitaria, ésta puede ser revocada incluso tras el fallecimiento de uno de ellos, por el cónyuge supérstite, dejando ineficaz toda la partija.

voluntad dispositiva y su voluntad partitiva en cualquier momento hasta su muerte⁴⁰¹. Es decir, los testadores pueden revocar tanto la institución –las disposiciones contenidas en el testamento o testamentos– como modificar las determinaciones específicas de bienes que sean acordes a tales disposiciones.

Con todo, el carácter omnímodo que tiene la libertad de que gozan los testadores para testar y para revocar el testamento posibilita que se solapen distintas manifestaciones de voluntad. En tales casos, habrá que acudir a las normas generales sobre revocación (cfr. arts. 737 y ss. Cc. y 137 LDCG. en relación con el testamento mancomunado) y sobre interpretación de la voluntad testamentaria (cfr. art. 675 Cc.) para determinar con claridad cuál es la voluntad de los testadores⁴⁰². Como se puede colegir, si en los testamentos

⁴⁰¹ Cfr., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940 (RJA. nº 693), 6 de mayo de 1953 (RJA. nº 1.631), 5 de noviembre de 1955 (RJA. nº 3.100), 20 de mayo de 1965 (RJA. nº 2.602) y la de 28 de mayo de 1965 (RJA. nº 3.086). Además, la sentencia de 29 de octubre de 1960 (RJA. nº 3.447) declara que la partición “ha de ser –como el testamento en que se funda– esencialmente revocable, siendo ello por lo que, toda partición en la que se produzca una sujeción infranqueable de los bienes constitutivos de la herencia, incompatible con la revocabilidad de los actos particionales, o en la que se celebran contratos, o se crean situaciones independientes de la revocabilidad circunstancial de las disposiciones testamentarias, vinculando a los testadores –que podrán por ello modificarlas–, han de reputarse nulas, como prohibidas por el artículo 1.271 del Código civil, sin que tales actos puedan tener eficacia jurídica porque se acomodan a disposiciones testamentarias preexistentes, por cuanto si éstas tienden a hacer posible la irrevocabilidad, se tendrán por no puestas, conforme preceptúa el artículo 737 del mismo cuerpo legal, y por ello, incapaces para legitimar el acto que tal consecuencia produjere”.

⁴⁰² Siendo ello así, es opinión común la que considera que, en esta materia, conviene mitigar el rigorismo del artículo 739 Cc. a cuyo tenor “*el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte*” (vid., por todos, PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*, cit., p. 221). En efecto, teniendo en cuenta que el Código civil no establece la forma en que ha de expresarse tal voluntad *conservativa*, cabe acudir a la regla del artículo 675 Cc. sobre la interpretación del testamento y defender la vigencia de las disposiciones realizadas con anterioridad si en el testamento posterior no se establecen disposiciones incompatibles con ellas –de otro modo, se produciría el efecto revocatorio–. Vid., en el mismo sentido, SANCHO, “Comentarios al artículo 739 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p.

posteriores se revocan de forma expresa los anteriores no habrá tanto problema en la determinación de la voluntad de los testadores, a diferencia de lo que sucede cuando la revocación es tácita⁴⁰³.

Pues bien, algo similar sucede en el aspecto particional. Sin embargo, en dicho ámbito, la libertad de revocar de los testadores tiene una dificultad añadida derivada de la naturaleza accesoria de ésta. Esta dificultad consiste en que la partición ha de ser acorde con el acto dispositivo contenido en el testamento o testamentos. En tal sentido, al igual que sucede con el testamento, si los testadores realizan una partija y posteriormente otra que modifique total, parcial, expresa o tácitamente la anterior pueden surgir problemas para determinar cuál es la verdadera voluntad partitiva de los mismos. Pero además, una vez determinada la voluntad partitiva de aquellos, ésta ha de ser acorde con la voluntad dispositiva contenida en el testamento o testamentos, debido a la naturaleza accesoria de la partición.

Así las cosas, resulta muy conveniente que cuando los testadores vayan a revocar el testamento o testamentos, o la partija, tomen las precauciones

1840, la resolución de la DGRN. de 12 de septiembre de 1947 (RJA. nº 1.045) y, más recientemente, y por todas, la sentencia de 1 de febrero de 1988 (RJA. nº 581).

⁴⁰³ De acuerdo con lo que establece el artículo 739 Cc., para que cualquier testamento produzca el efecto revocatorio ha de ser *perfecto*. Según la jurisprudencia, un testamento es *perfecto* cuando cumple los requisitos legalmente prevenidos (sentencia de 13 de julio de 1985 –RJA. nº 4.052–). Siendo ello así, y a excepción, en el ámbito gallego, del caso específico contenido en el artículo 139.2 LDCG. respecto del testamento mancomunado, no creemos necesario que el testamento revocatorio sea de la misma clase que el anterior que se revoca, ya que de otro modo la revocación se podría convertir en algo ilusorio (en el mismo sentido, vid. PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*, cit., p. 91 y SANCHO, “Comentarios al artículo 738 Cc.”, en VVAA, *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1837). A nuestro modo de ver, las anteriores consideraciones resultan aplicables también –*mutatis mutandi*– al ámbito de la partija (sobre este aspecto, vid., más ampliamente, la nota nº 407). Sobre si un testamento que deviene ineficaz produce efectos revocatorios, vid. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XII, cit., pp. 762, 766 y 767 y MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., p. 698.

necesarias para evitar dudas interpretativas⁴⁰⁴. De este modo, su voluntad será más clara tanto en relación con la institución como en relación con la partición. Ésta es, sin duda, una labor que incumbe de modo especial a los Notarios.

Una vez sentadas las posibilidades de revocación o modificación del testamento o testamentos y de la partición hasta el fallecimiento de los testadores, y apuntado el problema que puede surgir de la existencia de una pluralidad de instrumentos en que se contenga tanto la voluntad de institución como la voluntad partitiva de los testadores, veamos someramente cuáles son las relaciones que existen entre la revocación del testamento o testamentos y la partición; relaciones presididas por el principio de accesoriedad de la partición.

De un lado, se ha de apuntar que el carácter accesorio de la partición respecto del acto dispositivo testamentario determina que aquélla debe ser acorde con éste. Así, la variación de la voluntad dispositiva de los testadores puede llevar consigo la pérdida de valor de la partición por no ser acorde con el testamento o testamentos de los que trae causa⁴⁰⁵. Lo anterior se explica, como sabemos, por la necesaria sujeción que la partición debe tener respecto del testamento. En el caso indicado, a través de la modificación del testamento o testamentos se puede dejar sin base a la partición, siendo entonces necesario modificar ésta para adecuarla a la nueva disposición; lo que se puede realizar, bien el mismo testamento revocatorio, o bien en otro documento (cfr. art. 157 LDCG.). Así pues, la revocación del testamento o testamentos afecta a la partición, puesto que ésta se puede ver privada de base.

⁴⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, “La partición hecha por el testador”, cit., p. 220, aunque únicamente se refiere a un testamento posterior que revoca otro anterior sin aplicar tal doctrina al ámbito particional.

⁴⁰⁵ En este ámbito, también cabría aplicar, en algunos casos, lo señalado en la nota nº 392.

De otro lado, la partición se puede modificar de forma autónoma. Esta posibilidad supone modificar la partición en sí misma –ya esté realizada en testamento o fuera de él (cfr. art. 157 LDCG.)– sin necesidad de variar el contenido dispositivo testamentario; antes bien, respetando lo establecido en él⁴⁰⁶. Así, al variar un testador su voluntad, no en relación con los criterios de disposición sino en cuanto a la determinación específica de los bienes que vendrán a rellenar las cuotas testamentarias, procede a la modificación de la partición, ya sea de forma total o parcial⁴⁰⁷. Esta modificación de la partija no afectará al acto dispositivo testamentario, ya que éste no se verá privado de base. Por tanto, la modificación de la partición no exige ni conlleva la modificación de las cláusulas dispositivas testamentarias, ya que éstas

⁴⁰⁶ Valga lo dicho en el texto como principio general, pues no se ha de olvidar que, en ocasiones, el legislador sobrepone el principio del *favor partitionis* al de accesoriadad (cfr. arts. 157.3 y 158.1 LDCG.), admitiendo la validez de una partición en la que el valor de lo adjudicado no se corresponde totalmente con la cuota de institución (estos artículos serán analizados detalladamente en el capítulo séptimo de este trabajo).

⁴⁰⁷ Mientras que el examen de las formalidades que se han de exigir para modificar la partición extratestamentaria no plantea problema alguno, sí surgen dificultades cuando aquélla se contiene en un testamento (cfr. art. 157 LDCG.). En efecto, se presenta el dilema de si tal modificación ha de efectuarse con las solemnidades necesarias para testar o no. De entrada, el hecho de que para la validez de cualquier partija no se requiera que ésta se contenga necesariamente en un testamento, parece que pone de manifiesto el “carácter no esencial” de la forma testamentaria. Siendo ello así, y aun cuando la forma testamentaria no sea “esencial” de la partición, cabría entender que si ésta se efectúa en un testamento, el testador o testadores están limitando las formas de modificación de la misma: únicamente podrían modificar aquélla a través de un documento que reúna las solemnidades testamentarias, ya que en tal supuesto, la partición participa del molde comercial en que se vierte –el testamento– en cuanto a la forma. A pesar de que ello pudiera ser así, nos parece más acertado considerar que junto con el “carácter no esencial” de la forma testamentaria, el testamento no constituye la forma solemne de la partija sino únicamente “un simple vehículo expresivo de la misma” (PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*, cit., p. 86). Así, resulta posible que una partición extratestamentaria modifique la contenida en un negocio testamentario aunque tal modificación únicamente afectará a las cláusulas partitivas contenidas en el testamento sin extenderse a las dispositivas. De afectar a las cláusulas dispositivas, la partija extratestamentaria se convertiría en un nuevo modo de testar no previsto por la Ley de Derecho Civil de Galicia ni por el Código civil.

constituyen el límite o el marco en el que se ha de mover la revocación particional⁴⁰⁸.

En resumen: tanto el testamento o testamentos donde se contenga la voluntad dispositiva de los cónyuges como la partición son actos esencialmente revocables y se pueden modificar de forma autónoma⁴⁰⁹. Sin embargo, mientras que la revocación del testamento o testamentos, modificando las cuotas de institución, influirá en la partición de tal modo que será necesaria su modificación para adecuarse a las nuevas cuotas –si no se modifica, la partición carecerá de base a la que se adecua–, la modificación de la partición no exige, de suyo, la revocación o modificación del testamento o testamentos de que trae causa, ya que aquélla no influye en éstos: la partición es un acto accesorio respecto del testamento pero no a la inversa.

III. CAUCES FORMALES PARA EFECTUAR LA PARTICIÓN CONJUNTA

3.1 Preliminares

Sentada la necesidad de existencia de un acto dispositivo testamentario a fin de efectuar la partición por testador, para terminar el presente capítulo sólo resta examinar detenidamente los cauces formales a través de los cuales aquélla puede llevarse a cabo. De entrada, y según hemos puesto de relieve en

⁴⁰⁸ Así las cosas, y al igual que la jurisprudencia admite un testamento puramente revocatorio (cfr. la sentencia de 8 de julio de 1940 –RJA. n° 689–), también es posible que los testadores consignent en un documento la sola revocación de la partición: se limitan a dejar sin efecto la partición anteriormente realizada sin proceder a realizar una nueva (cfr. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, “Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 405), evidenciando su voluntad de acudir a las formas subsidiarias de realizarla.

⁴⁰⁹ No está de más resaltar ahora que existe otro modo de dejar sin efecto la partición que no constituye revocación en sentido estricto: a través de la alteración del valor y contenido del patrimonio hereditario en vida de los causantes. Entonces, al no existir bienes hereditarios, sin perjuicio, en su caso, del juego de las normas de la colación contenidas en los artículos 1.035 al 1.050 del Código, la partición no producirá efectos (vid., más ampliamente, el capítulo sexto).

diversas ocasiones, cabe recordar que la distribución de bienes en que consiste la partición conjunta, cualquiera que sea su modalidad –con objeto unitario o con objeto separado– puede ser efectuada a través de los dos cauces formales que vienen recogidos en el artículo 157 de la Ley de Derecho Civil de Galicia: “*en el propio testamento o en otro documento*”. Así pues, la distribución particional de bienes puede realizarse en el mismo testamento o testamentos en que los testadores disponen de sus bienes o en otro documento distinto de aquél.

Lo indicado permite avanzar ya una conclusión que se deriva del citado precepto: al disponer el artículo 157 LDCG. que los únicos cauces formales para efectuar la partición son el testamento u otro documento, está excluyendo la viabilidad de las particiones verbales⁴¹⁰. En la LDCG., por tanto, no es posible realizar una partición por testador en forma verbal: en todo caso ha de ser escrita⁴¹¹. Ello expuesto, detengámonos a continuación a analizar cada uno de los dos cauces formales a través de los que los testadores pueden efectuar su partición.

3.2 Partición contenida “*en el propio testamento*”

A lo que parece, para que una partición pueda ser calificada como “testamentaria” lo único imprescindible es que esté contenida en el marco de un testamento. Cuando de partición realizada de modo individual por un

⁴¹⁰ En el ámbito del Código civil admiten la viabilidad de las particiones verbales LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 195 y MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 35.

⁴¹¹ Cfr. ALBA PUENTE (“Comentarios al artículo 157.1 LDCG.”, cit., 234) y GUTIÉRREZ ALLER (“Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, en VVAA., *Dereito Civil de Galicia (Comentario á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, Revista Xurídica Galega, Santiago, 1995, p. 415). Lo expuesto en el texto está plenamente de acuerdo con el significado que el Diccionario de la Lengua Española, contiene del término “documento”: “*diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos*” y “*escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo*” (cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, cit., p. 771).

testador se trata, aquélla puede incluirse, como sabemos, en cualquier tipo de testamento –abierto, cerrado, individual, conjunto–, a diferencia de lo que sucede si el testador, junto con su cónyuge también testador (art. 157.2 LDCG.) pretende efectuar de forma conjunta la partición –con independencia de que organicen de modo conjunto o separado la sucesión–. En tal caso, el carácter conjunto de la partición limita los instrumentos testamentarios en que aquélla puede ser incluida a los que tengan el referido carácter conjunto. En otras palabras: la partición conjunta testamentaria únicamente podrá contenerse en un testamento mancomunado (cfr. arts. 137 y ss. LDCG.)⁴¹².

Ello expuesto, conviene recordar ahora dos cuestiones que ya han sido apuntadas anteriormente. Por un lado, que aun cuando desde una perspectiva teórica no sea difícil distinguir la dimensión particional de la dispositiva, en la práctica no sucede igual, pudiendo darse el caso –nada infrecuente– de que bajo apariencia particional se escondan cláusulas dispositivas y viceversa⁴¹³. Siendo ello así, la tarea de diferenciar la voluntad dispositiva y partitiva de los testadores se facilita si en el testamento figura de manera separada lo dispositivo y lo particional; ello, con independencia del tipo de partición conjunta que se pretenda efectuar, ya sea unitaria o con objeto separado.

Y de otro lado, también resulta oportuno recordar que en los supuestos de partición testamentaria, el testamento sólo constituye el vehículo formal de aquélla, de tal modo que para revocar o modificar la distribución particional en él contenida parece que no resulta imprescindible observar las solemnidades propias de los testamentos. Ello se debe a que el ámbito de aplicación propio de lo establecido por el artículo 737 Cc. –“*el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar*”– viene conformado por el contenido dispositivo del testamento que no es sino la función típica negocial del mismo. En este sentido, una partición extratestamentaria posterior únicamente modificará o revocará las

⁴¹² Sobre si este tipo de testamento ha de ser “abierto notarial” necesariamente o no, vid. nota nº 440.

⁴¹³ Cfr. nota nº 256.

cláusulas particionales contenidas en el testamento anterior sin que las cláusulas dispositivas, tengan o no apariencia particional, se vean afectadas; de lo contrario se estaría introduciendo una nueva forma de testar no prevista por el ordenamiento⁴¹⁴.

3.3 Partición realizada “*en otro documento*”

Junto con la posibilidad ya comentada de que la partición se incluya en el marco de un testamento, el artículo 157 LDCG. establece también que dicha partición puede realizarse “*en otro documento*”. Como anteriormente hemos avanzado, la exigencia de documento excluye la posibilidad de que la partición conjunta –sucede lo mismo con la efectuada de modo individual– se pueda realizar de modo verbal.

Así las cosas, hemos de preguntarnos por el sentido que se le ha de otorgar al término “*documento*” que se utiliza tanto en el apartado primero del artículo 157 LDCG., ya señalado, como en su apartado segundo –“*los cónyuges pueden partir conjuntamente en un solo documento*”–, y en su apartado tercero: “*cuando la hiciesen –la partición conjunta– en un documento no testamentario (.), prevalecerá la partija realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público*”. En concreto, a los efectos que ahora interesan cabe preguntarse si con el término “*documento*” el legislador únicamente se refiere a otro documento testamentario, a un documento no testamentario o, dicho término engloba ambas posibilidades.

De entrada, el tenor literal del artículo 157 LDCG. evidencia que “*documento*” no ha de identificarse única y exclusivamente con “otro documento testamentario”. En efecto, aun cuando pudiera pensarse que la contraposición efectuada por el apartado primero del citado precepto entre “*propio testamento*” y “*otro documento*” responde a la intención de evitar una reiteración terminológica, apoyada por el hecho de que generalmente el testamento es un documento, no parece que sea ésta la interpretación que deba

⁴¹⁴ Cfr. nota nº 407. Asimismo, sobre el sentido de los artículos 157.3 y 158.1 que parecen constituir una excepción al principio expuesto en el texto, vid. el capítulo séptimo.

darse a dicho término. Y es que, al margen de que de ser tal la intención del legislador se hubiera establecido de otro modo, la dicción del apartado tercero del mismo precepto explicita que el documento en el que se puede realizar la partición también puede ser no testamentario.

Siendo ello así, la doctrina gallega generalmente ha venido refiriendo el citado término única y exclusivamente a un documento no testamentario⁴¹⁵. Pero en fin, sea ello como fuere, lo cierto es que el término “*documento*” puede hacer referencia a ambas posibilidades: tanto a un testamento como a otro tipo de documento⁴¹⁶.

Sentado lo anterior, hemos de precisar ahora qué tipo de documentos cabe utilizar para realizar la partición. De entrada, los términos en que se expresa el apartado tercero del artículo 157 LDCG. –“*siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento*”– evidencian la posibilidad de que tal “*documento*” sea un documento público. Éste, como establece el artículo 1.216 del Código civil es aquél “*autorizado por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*”. Por tanto, primera posibilidad: la partición extratestamentaria puede realizarse en una escritura pública, que, como es sabido, tiene unas determinadas peculiaridades, por lo menos, a efectos de su eficacia. Y es que, según dispone el artículo 1.219 Cc. “*las escrituras públicas hechas para*

⁴¹⁵ Vid., por todos, ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 157.1 LDCG.”, cit., p. 234. Ello parece justificarse en atención a la oposición que se contiene en los tres apartados del artículo 157 LDCG. entre el “*testamento*” y otro documento, y a la ratificación efectuada por el apartado tercero del mismo precepto. Asimismo, la citada identificación no está exenta de razón si se atiende a la polémica doctrinal que en el ámbito del Código civil plantearon los cauces formales a través de los cuales cabía realizar la partición por testador (vid. el capítulo segundo de este trabajo). A lo que creemos, la referida identificación resulta tributaria de la opinión doctrinal mayoritaria del Código civil que admitía como cauce formal de la partición por testador el testamento y un documento al margen del testamento.

⁴¹⁶ La dicción del apartado tercero del artículo 157 LDCG. no contradice la interpretación señalada en el texto. Antes al contrario, la refuerza: al apuntar de modo específico que la partición puede realizarse en un documento no testamentario, implícitamente reconoce que el término documento resulta aplicable también a un testamento.

desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros, cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero". Siendo ello así, a nuestro modo de ver, el otorgamiento de la partición en una escritura pública resulta de todo punto conveniente, por lo menos, en aquellos supuestos en que se pretenda realizar una partición conjunta organizando la sucesión de modo separado. Ello se debe a que en tal modalidad de partición conjunta reviste especial importancia la operación de la liquidación de la sociedad conyugal, que no es si no un negocio ligado al de la partición aunque diferente de él, que presenta cierta complejidad. Dificultad que aconseja la intervención de un Notario al objeto de corregir posibles errores⁴¹⁷.

Junto con la escritura pública, en el término "*documento*" del artículo 157 LDCG. también cabe incluir los documentos privados cuya regulación se encuentra fundamentalmente en los artículos 1.225 y siguientes del Código civil⁴¹⁸. Ello resulta factible, en atención a que el apartado 3 del artículo 157 LDCG. parece referirse al documento público como una mera posibilidad y a que en el artículo 157.1 LDCG. no se contiene la especificación de documento "*público*" a que se refiere el artículo 159.1 LDCG. cuando permite al testador encomendar la facultad de hacer la partija de la herencia: "*el testador podrá encomendar, en el propio testamento o en otro documento público, la facultad de hacer la partija de herencia...*".

⁴¹⁷ Junto con los criterios de conveniencia expuestos, en el caso concreto del artículo 157.3 LDCG., para que la partición conjunta extratestamentaria prevalezca en caso de contradicción necesariamente ha de efectuarse en documento público. Sobre el sentido de esta contradicción, su relación con la accesoriedad y otras cuestiones, vid. el capítulo séptimo de este estudio.

⁴¹⁸ La posibilidad de efectuar una partición en un documento privado no ofrece duda a los diversos autores. Vid., por todos, DÍAZ-FUENTES (*Dereito civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, cit., pp. 315 y 316) quien además exige que no haya duda de su autenticidad como obra personal del testador, ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 157.1 LDCG.", cit., p. 234) y GUTIÉRREZ ALLER ("Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia", cit., p. 415).

Así las cosas, como es conocido, el Código civil le atribuye a los documentos privados una mayor sencillez en relación con la escritura pública, exigiéndose, por tanto, menos requisitos para su modificación –únicamente el acuerdo de los otorgantes–. Siendo ello así, no se ha de olvidar que la utilización de este tipo de documento puede presentar el siguiente inconveniente: la necesidad de protocolizar ulteriormente el documento privado. En efecto, como establecen los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria, para poder inscribir en el registro de la propiedad bienes inmuebles que formen parte de una herencia, resulta de todo punto necesario que aquellos consten en escritura pública⁴¹⁹. Entonces, si la partición en la que se incluyeron bienes inmuebles se realizó en un documento privado, éste necesariamente habrá de elevarse a escritura pública.

⁴¹⁹ Para la inscripción de títulos, el artículo 3 de la LH. admite también, junto con las escrituras públicas a que nos referimos en el texto, las “*ejecutorias*” o los “*documentos auténticos expedidos por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos*”.

CAPÍTULO CUARTO

**ELEMENTOS PERSONALES
DE LA PARTIJA**

I. PRELIMINARES

Como ya sabemos, en el artículo 157 de la Ley de Derecho Civil de Galicia se hace referencia a dos actos jurídicos diferentes –testar y partir–, cada uno de los cuales tiene unos elementos personales, reales y formales específicos. A la vista de que en el capítulo anterior se examinaron los cauces formales a través de los que se puede efectuar la partición conjunta, en el que ahora comenzamos nuestra atención se centrará en el estudio de los elementos personales de la misma; es decir: los sujetos que pueden llevar a cabo la indicada modalidad de partición.

En tal sentido, de entrada cabe afirmar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 157 LDCG., los que pueden efectuar una partición de forma conjunta son los cónyuges que hayan otorgado testamento. No en vano, el citado precepto permite que aquellos puedan partir conjuntamente en un solo documento “*aunque testasen por separado*”. Por tal motivo, el primer apartado del presente capítulo lo dedicaremos al análisis de los requisitos que se le han de exigir a los cónyuges para que puedan efectuar la distribución conjunta de sus herencias.

Tras la realización del indicado examen, terminaremos el capítulo tratando de determinar si en la partición conjunta, junto con los cónyuges o en vez de ellos, pueden intervenir otras personas. En concreto, veremos qué papel pueden jugar los coherederos instituidos por los cónyuges en la partición que ellos efectúan. Y estudiaremos también si un tercero puede realizar este tipo de partija en representación de alguno o ambos testadores, o si, por el contrario, esta modalidad de partición reviste carácter personalísimo.

II. LOS CÓNYUGES

2.1 Ideas previas

Según acabamos de señalar, la Ley de Derecho Civil de Galicia exige que las personas que vayan a efectuar una partición conjunta estén ligadas por

vínculo matrimonial⁴²⁰. Junto con el mencionado requisito, que la LDCG. exige de modo expreso –“*los cónyuges pueden partir conjuntamente*” (art. 157.2 LDCG.)–, de dicha Ley se infieren también otras dos circunstancias que habrán de concurrir en los cónyuges para poder llevar a cabo la partición conjunta: han de tener la capacidad necesaria para poder realizar la partición y han de poseer la vecindad civil gallega, pues de otro modo no sería de aplicación la normativa de la LDCG. En efecto, de la regulación de la LDCG. se puede concluir que, para realizar la partición conjunta, junto con el presupuesto básico de existencia de un testamento al que ya nos hemos referido, resulta necesario que los testadores, además de estar unidos por matrimonio, tengan la capacidad genérica para partir y la vecindad civil gallega (cfr. arts. 5 y 157 LDCG.).

Así las cosas, la determinación de la capacidad necesaria para realizar la partición será el aspecto central que trataremos en primer lugar. Según veremos, en dicha materia existen dos corrientes doctrinales elaboradas en el ámbito del Código civil respecto de la partición por testador realizada de modo individual, pero que son perfectamente trasladables a la partición conjunta: los que entienden que, para poder partir, los testadores han de tener la misma capacidad que necesitan para testar, y aquellos otros que estiman insuficiente tal capacidad, y que exigen la capacidad para contratar y obligarse.

Tras el examen de la capacidad analizaremos el requisito de la existencia de matrimonio, deteniéndonos a considerar qué sucede con una partición conjunta realizada por unos cónyuges en aquellos supuestos en que posteriormente sobrevienen “anomalías en el matrimonio”; es decir: cuando exista una separación o se decrete el divorcio (cfr. arts. 81 y ss. y 85 y ss. Cc.). Del mismo modo, estudiaremos también qué sucede con la partición conjunta en caso de que se declare nulo el matrimonio de los partidores (cfr.

⁴²⁰ No ha de olvidarse que tras la reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio) la referencia a los cónyuges incluye a los de diferente sexo y también a los del mismo sexo (cfr. nuevo artículo 44 Cc.).

art. 79 Cc.). Por último, examinaremos el requisito de la vecindad civil gallega que la LDCG. exige a los cónyuges que realizan la partición⁴²¹.

2.2 Capacidad para partir

2.2.1 En torno a la capacidad necesaria para partir

A) Preliminares

Como es conocido, la capacidad que la ley exige para la realización de determinados actos está íntimamente relacionada con la naturaleza y los efectos que éstos producen. Así, por ejemplo, para los de carácter personalísimo –el testamento (cfr. arts. 662 y ss. Cc.)– el Código civil exige una capacidad menor que para aquellos actos que no tienen tal condición. Ello se debe a que, al tener carácter personalísimo, en caso de que el sujeto en cuestión no pueda realizar el acto de que se trate, ningún otro podrá hacerlo por él⁴²². De acuerdo con ello y por lo que refiere a los testamentos, el Código civil dispone en el artículo 663 que tienen capacidad general para testar –acto

⁴²¹ Evidentemente, para que a la partición realizada por el testador –ya sea ésta individual o conjunta– le sea aplicable el régimen de la LDCG., el testador habrá de tener la vecindad civil gallega (arg. *ex* art. 5 LDCG.). Así, aun cuando tal requisito no resulta exclusivo de la partición conjunta, lo examinamos en dicho ámbito puesto que, como se verá en el epígrafe correspondiente, en ella se plantean mayores problemas que en la partición por testador realizada de modo individual, por ser aquélla una figura no admitida de modo general por las distintas legislaciones existentes en España. Algo parcialmente similar sucede con el matrimonio: aun cuando sea un requisito específico para la realización de la partición conjunta (cfr. art. 157.2 LDCG.), las anomalías posteriores que se pueden producir en él afectarán tanto a las particiones individuales como a la partición conjunta que hayan podido realizar los cónyuges. La razón de que se vea afectada la partición es, como se dirá, la variación que se produce por imperativo del Código civil en los derechos sucesorios de los cónyuges.

⁴²² En la doctrina del Código civil no han faltado autores que, acertadamente, también han relacionado la capacidad exigible con el carácter dispositivo o ejecutivo del acto en cuestión, y con su carácter revocable o irrevocable (cfr., *ad ex.*, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, “Sobre particiones verificadas por el testador en actos inter vivos”, *RCDI.*, nº XXVII, marzo, 1927, p. 169).

personalísimo (arg. ex arts 667 y 670 Cc.)– los mayores de catorce años de uno y otro sexo y los que están en su *cabal juicio* (arg. ex art. 663 Cc., *a sensu contrario*)⁴²³. Y, en relación con un tipo concreto de testamento –el ológrafo– el artículo 688 establece que “*el testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad*”.

Según puede apreciarse, el Código civil establece de forma expresa la capacidad que se necesita para otorgar testamento (cfr. art. 663 Cc.)⁴²⁴. Sin embargo, cuando se trata de examinar la capacidad necesaria para realizar la partija por el testador, ya sea individual o conjunta, comprobamos que ni en la Ley de Derecho Civil de Galicia ni en el Código civil se hace referencia expresa a dicha capacidad. Así, la doctrina, ante la ausencia de menciones explícitas en los citados cuerpos legales, se encuentra dividida en torno a dos posiciones netamente diferenciadas que a continuación se examinan; división que, por otra parte, viene motivada por la íntima relación existente entre la capacidad exigible y la naturaleza del acto, como ya hemos referido.

⁴²³ ALBALADEJO (“Comentarios a los artículos 662 a 666 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. I-A, Edersa, Madrid, 1990, p. 70) estima muy baja la edad de catorce años y considera que sería más adecuado el criterio de la mayoría de edad o la emancipación –esta última, según señala, supone la madurez de la persona antes de llegar a la mayoría de edad–. Es de opinión similar OSSORIO MORALES (*Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 52 y 53). Por otro lado, DÍAZ-FUENTES (“Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa* I: Sobre el artículo 671 del Código civil”, *ADC.*, tomo XVIII-IV, octubre-diciembre, 1965, p. 141) y LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 161) justifican la edad recogida en el artículo 663 Cc., entre otros motivos, por el carácter personalísimo del testamento, ya que, en caso de que no pueda testar una persona, ningún otro podrá hacerlo por él.

⁴²⁴ No se hace referencia en el texto a lo que un sector de la doctrina ha calificado como *capacidad natural*, es decir, la capacidad de entender y querer el acto que se está realizando. Y ello porque, como defiende OSSORIO MORALES, en el artículo 663 del Código civil ya se ha tipificado la incapacidad natural “fundada en la falta de discernimiento” (cfr. *Manual de sucesión testada*, cit., p. 46).

B) Opiniones doctrinales en torno a la capacidad para partir

La opinión a que aludimos en primer lugar, y que es defendida por un sector minoritario de la doctrina, considera que la capacidad que se ha de exigir para realizar la partición por testador es diferente según el cauce formal de que se trate. En efecto, este sector doctrinal estima que para elaborar la partición en el marco de un testamento resulta suficiente la capacidad para testar. Sin embargo, no sucede lo mismo en relación con la partición efectuada fuera de testamento (cfr. art. 157 LDCG. y 1.056 Cc.): no es suficiente la capacidad para testar sino que se ha de tener la capacidad general para contratar y obligarse⁴²⁵. Ello se debe a que algunos de estos autores entienden que la partija realizada fuera de testamento es un contrato –le atribuyen virtualidad dispositiva y divisoria–, razón por la cual ha de exigirse la capacidad general para contratar y obligarse.

Al margen de la opinión expuesta, la mayoría de la doctrina, en criterio que comparto, reconoce que la partición por testador, tanto la realizada en testamento como fuera de él (cfr. art. 157 LDCG. y 1.056 en el ámbito del Cc.), es un negocio de mera ejecución de la voluntad dispositiva contenida en

⁴²⁵ Como se ha apuntado en el texto, los autores que defienden esta tesis forman parte de la doctrina del Código civil. Con todo, parece interesante resaltarlos aquí por cuanto que, de entenderse la partición por testador como tales autores defienden, se podría reproducir la indicada cuestión en el ámbito de la LDCG. Entre ellos podemos encontrar a RODRÍGUEZ-ARIAS (“Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del Código Civil”, cit., p. 322), y SANCHO-TELLO, quien mantiene una extraña opinión. En efecto, este autor, tras reconocer que del Código civil se deduce que sólo es necesaria la capacidad para testar para realizar la partición “*por acto entre vivos*” (art. 1.056 Cc.) –es decir, fuera de testamento–, añade que “no obstante (..), nosotros no admitiríamos a otorgar una escritura de división a quien no tuviera tanto la capacidad necesaria para testar, como la general para contratar y obligarse, que exige el otorgamiento de toda escritura pública” (*Redacción de Instrumentos públicos*, tomo I, Establecimiento Tipográfico Domenech, Valencia, 3ª edición, 1929, p. 460). Opinión que no nos parece adecuada por cuanto que sí, como reconoce el citado autor, del Código civil se deduce que únicamente resulta necesaria la capacidad para testar no ha de exigirse una capacidad diferente; además, la partición realizada fuera de testamento no ha de constar necesariamente en escritura pública (vid., sobre este extremo, el apartado tercero del capítulo tercero). Sobre las dificultades que plantea la concepción de la partición realizada fuera de testamento como un contrato vid. el epígrafe 5.3.3 del capítulo segundo.

un testamento. Así, al reconocerse que la partija no tiene virtualidad dispositiva alguna, sino que es un negocio jurídico meramente determinativo, de última voluntad, esencialmente revocable y dependiente del testamento o testamentos realizados por los testadores, parece que no se ha de exigir una capacidad diferente para ambos actos –testamento y partija–, máxime teniendo en cuenta el carácter accesorio y complementario de ésta respecto de aquél⁴²⁶. Por tales motivos, parece que para partir, y en nuestro caso para efectuar la partija por testador de forma conjunta, resulta suficiente con tener la misma capacidad que se exige para testar, sin que sea necesario exigir requisitos adicionales para la partija⁴²⁷.

Además de lo ya referido, y como justificación de la opinión doctrinal mayoritaria, si, como sabemos, la función típica de la partija consiste en determinar las cuotas de institución –señalar los bienes concretos en que cada uno de los herederos sucederán al causante–, no resultaría adecuado reconocer a una persona de catorce años la capacidad para disponer en abstracto del patrimonio hereditario (art. 663 Cc.) –dieciocho en el caso del testamento ológrafo (art. 688 Cc.)– y exigir más requisitos para concretar dicha disposición. Si para “lo más”, que es disponer del patrimonio hereditario, se

⁴²⁶ Así, como escribe ROCA SASTRE en relación con la partición individual por testador del Código civil –aplicable a la partija conjunta–, “la partición es secuela y complemento de un testamento y, por tanto, al efectuarse ella por el mismo causante, no es natural exigir mayores o diferentes requisitos” (“Partición de herencia por actos *inter vivos*”, cit., p. 380).

⁴²⁷ Dentro de este sector doctrinal se encuentran, en el ámbito gallego, entre otros, ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 157.1 LDCG.”, cit., p. 231 y LETE ACHIRICA, “Comentarios al artículo 157 LDCG.”, cit., p. 1255. Y en la doctrina del ámbito del Código civil: DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, cit., p. 211; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. III, cit., p. 213; SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 521 y TAPIA PARREÑO, “La partición. Concepto y clases”, en VVAA., *Cuadernos de Derecho judicial. Derecho de sucesiones. Donación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 49. Por otra parte, cabría aducir también que la inexistencia de normas relativas a la capacidad referibles única y específicamente a la partición realizada fuera de testamento constituye un argumento más que pone de relieve que tanto la partición testamentaria como la extratestamentaria tienen idéntica naturaleza –negocio determinativo de la disposición–, siendo su única diferencia el cauce formal en el que se realizan.

reconoce la capacidad conforme a lo establecido en los artículos 662 y siguientes del Código civil, para “lo menos”, que es concretar dicha atribución, y ante la ausencia de regulación expresa de la capacidad para partir, deberá aplicarse el mismo régimen sin exigencias adicionales⁴²⁸. Esta argumentación viene corroborada además por el hecho, ya puesto de relieve, de que cuando de partición por testador se trata, ambas facultades –testar y partir– tienen un mismo fundamento: la titularidad sobre los bienes y derechos.

C) Conclusión: la capacidad para partir es la misma que la capacidad para testar

A la vista de lo expuesto, y por lo que ahora interesa, podemos concluir que la capacidad para testar constituye el criterio de capacidad exigible para realizar la partija conjunta, al ser ésta un negocio meramente determinativo y sin virtualidad dispositiva alguna. Admitido lo anterior, cabe afirmar también que no puede darse el caso de que un sujeto goce de capacidad para testar y no de capacidad para partir –ya se trate de una partición en testamento o en otro documento distinto del testamento (cfr. art. 157 LDCG.)– salvo que se realicen ambos negocios en momentos distintos. En este caso, sí sería posible que, habiendo testado los causantes de modo individual o ambos de forma mancomunada, cuando posteriormente vayan a realizar la partija hayan perdido la capacidad, por ejemplo, por no hallarse en su “*cabal juicio*” en dicho momento –según establece el artículo 666 del Código civil, la capacidad ha de apreciarse en el momento de otorgar el acto–. En el supuesto citado, el hecho de que no puedan realizar válidamente la partija no se debe a una exigencia de capacidad mayor para este tipo de negocio en relación con el testamento –la capacidad exigida en ambos negocios es la misma–, sino a una circunstancia personal concurrente en uno o ambos testadores en el momento de la realización de la partija⁴²⁹.

⁴²⁸ Vid., en sentido parecido, LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 133.

⁴²⁹ Debido a que, para poder partir, la jurisprudencia no exige que exista un testamento otorgado con anterioridad, admitiendo que se otorgue éste con posterioridad a la partición –

Además, en lo que atañe a la partija conjunta, el carácter pluripersonal de la misma determina que para su realización resulte imprescindible que concurra la capacidad para partir en ambos cónyuges. De no ser ello así, de faltar en uno o en ambos la capacidad necesaria para partir, la partija carecerá de validez. En efecto, no estaremos ya ante una partición conjunta⁴³⁰.

2.2.2. Examen específico de la capacidad necesaria para partir

Una vez determinado con carácter general que la capacidad exigida por el Código civil para partir es la misma que se exige para testar, veremos a continuación la concreta regulación de los preceptos en los que se contiene tal capacidad, refiriéndola a la realización de la partición⁴³¹.

Así, en primer lugar, y según resulta del artículo 662 del Código civil, se puede indicar que la existencia de capacidad para testar –para partir en nuestro caso– se erige en regla general mientras que la incapacidad constituye la excepción: “*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*” (art. 662 Cc.). De acuerdo con lo dispuesto por el citado precepto, cualquier incapacidad para testar y para partir ha de ser expresamente regulada por la ley, no admitiéndose, por tanto, ni una

vid. el epígrafe 2.4 del capítulo tercero–, es posible que unos sujetos partan teniendo capacidad suficiente y que posteriormente se les declare incapaces a uno a o a ambos, perdiendo entonces la capacidad para testar. Si ello sucede, aquella partición realizada por unos sujetos capaces no será eficaz al carecer de testamento posterior que le sirva de base.

⁴³⁰ Lo expuesto en el texto no empece a que quepa defender que la pretendida partición conjunta efectuada por ambos cónyuges siendo uno de ellos incapaz, pueda valer como partición individual. Ello resultará más fácil cuando se trate de una partición conjunta con objeto separado en la que no existan cláusulas correspectivas.

⁴³¹ Respecto de la capacidad para testar es interesante el resumen que bajo el título “La capacidad de testar en la jurisprudencia” se contiene en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 33, enero-marzo, 2000, pp. 315-322.

interpretación extensiva de la misma, ni una interpretación analógica⁴³². Así las cosas, a estos efectos, el Código civil solamente declara incapaces a los menores de catorce años de uno y otro sexo y al que “*habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*” (art. 663 Cc.). Primera idea, por tanto: del articulado del Código civil –arts. 662 y ss.– se deduce que existe una presunción general de capacidad, de modo tal que tienen capacidad para testar –y para partir– todas aquellas personas mayores de catorce años –a salvo lo dispuesto para el testamento ológrafo por el artículo 688 Cc.– y que estén en su cabal juicio⁴³³. Expresión esta última que, según el Tribunal Supremo, “no hay que entenderla en su sentido literal de absoluta integridad sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de la aptitud mental” (sentencia de 27 de noviembre de 1995 –RJA. nº 8.717–)⁴³⁴.

⁴³² “No cabe duda de que –como refiere ALBALADEJO– *expresamente* no debe de ser tomado sino como otras tantas veces que el Código usa tal término, en el sentido de que la ley *efectivamente*, es decir, *de verdad*, de manera *cierta y segura*, excluya de testar” (“Comentarios a los artículos 662 a 666 Cc.”, cit., p. 69). Sobre la imposibilidad de interpretación extensiva o analógica cfr. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit., p. 43; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo I, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 212; PUIG FERRIOL, “Comentarios al artículo 662 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1669 y LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 160.

⁴³³ Cfr., entre otras, las sentencias que reconocen que la existencia de la presunción de capacidad no se destruye: por haberse iniciado un expediente de incapacidad (sentencia de 25 de octubre de 1901 –JC. tomo XCII nº 91–), por tener enfermedades mentales los parientes del testador (sentencia de 10 de abril de 1944 –RJA. nº 533–), o por terminar con auto denegatorio un primer expediente de incapacitación, seguido de otro que incapacitó al testador (sentencia de 18 de marzo de 1988 –RJA. nº 10.355–). Además, vid. también las sentencias de 20 de mayo de 1911 (JC. tomo CXXI nº 78), 25 de octubre de 1928 (JC. tomo CLXXXV nº 131), 7 de febrero de 1930 (RJA. nº 1.817), 3 de febrero de 1951 (RJA. nº 252) y la de 25 de abril de 1959 (RJA. nº 1.974).

⁴³⁴ Sobre el cabal juicio, vid. también la sentencia de 27 de enero de 1998 (RJA. nº 394) en la que se reconoce que “la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos...” y que “ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la

Expuesto lo anterior, es preciso apuntar que el artículo 666 del Código civil establece que “*para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento*”. Por ello, tanto la edad como el requisito del cabal juicio y las demás cuestiones que afecten a la capacidad de los testadores habrán de concurrir en el momento de otorgamiento del testamento o testamentos –en nuestro caso, de la partición–. Así las cosas, cierta doctrina considera que, a pesar de la dicción del artículo 663 Cc. –“*están incapacitados para testar: (..) 2. el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*”–, una persona que no esté incapacitada judicialmente y que habitualmente esté perturbada puede otorgar testamento, y, por tanto, también realizar la partición, si se encuentra en un intervalo lúcido⁴³⁵. La razón, como argumentamos, estriba en que de acuerdo con el artículo 666 Cc. hay que atender al momento del otorgamiento del testamento para juzgar la capacidad y estado del testador.

Junto con ello, la posibilidad de realizar los actos a que nos referimos por personas antes de sufrir enajenación mental viene reconocida, en relación con el testamento, por el artículo 664 del Código civil: “*el testamento hecho antes*

integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (..), siendo circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador (..); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos (..); 3) (..) que padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos”. Por otro lado, la jurisprudencia indica también que la apreciación de tal capacidad en la mayoría de los casos requerirá la aportación pericial (sentencia de 27 de enero de 1968 –RJA. nº 5.704–).

⁴³⁵ ALBALADEJO entiende que a los términos “*habitual*” o “*accidentalmente*” del artículo 663 Cc. hay que darle la interpretación que se deriva del Derecho histórico y no la de la aplicación estricta de las reglas de la gramática, de modo que, de acuerdo con el artículo 666 Cc., sólo hay que atender al momento de testar para examinar la capacidad de los testadores. Ello no obsta a que, respecto de una persona que habitualmente esté fuera de su “*cabal juicio*” pese una presunción de que testó en tal situación por el hecho de esa habitualidad. Esta presunción admite prueba en contrario y pugnaría con la presunción general de capacidad del artículo 662 Cc. (ALBALADEJO, “Comentarios a los artículos 662 a 666 Cc.”, cit., pp. 75-79, donde cita abundante doctrina y jurisprudencia que fundan la opinión que mantiene).

de la enajenación mental es válido”. Con fundamento en el precepto transcrito y en el artículo 666 Cc. cabe concluir también que la incapacidad sobrevenida –sea declarada judicialmente o no– no afectará a la validez del negocio realizado con anterioridad⁴³⁶. De la misma forma, es posible colegir que un testamento o una partición realizada por una persona incapaz tampoco se “convalidará” automáticamente por el cese de dicha incapacidad: será necesario realizar nuevamente dichos negocios.

Así las cosas, si la incapacidad está declarada judicialmente a través de una declaración de incapacitación, resulta necesario atender al contenido de la misma (arg. *ex art.* 760 LEC.) para ver si el acto de partir –en nuestro caso– está incluido o excluido de los actos que puede realizar el declarado incapaz⁴³⁷. Siendo ello así, si como se ha expuesto, para poder partir se ha de exigir la misma capacidad que se necesita para testar, no resultará imprescindible que la sentencia se refiera expresamente a la incapacidad del sujeto para realizar la partición. Y ello por cuanto será suficiente que se contenga la declaración de incapacidad para testar para que se entienda referible a la de partir. De todas formas, si existiendo dicha sentencia en la que no se contiene pronunciamiento alguno sobre la capacidad para testar, el incapacitado pretende otorgar testamento, de acuerdo con lo establecido por el artículo 665 Cc. “*el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no (lo) autorizará –el testamento– sino cuando éstos respondan de su capacidad*”⁴³⁸.

⁴³⁶ Las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1975 (RJA. nº 661) y de 24 de febrero de 1981 (RJA. nº 605), entre otras, reconocen que la incapacidad posterior al otorgamiento del testamento no sirve para demostrar que se padecía la incapacidad en el momento de testar. Sin embargo, como señala la sentencia de 11 de diciembre de 1962 (RJA. nº 5.063) la posterior incapacitación puede ser un indicio de la existencia de la incapacidad en dicho momento.

⁴³⁷ Como parece lógico, en atención a la presunción de capacidad existente, en la declaración de incapacitación únicamente se contendrán los actos que el declarado incapaz no puede realizar, sin efectuarse un elenco positivo de aquellos para los que tiene capacidad.

⁴³⁸ Si tras el reconocimiento de capacidad *ex art.* 665 Cc. el testador desea efectuar la partición, puede realizarla tanto en el mismo testamento como en otro documento no testamentario, ya que el reconocimiento exigido por dicho precepto en modo alguno impone

Por otra parte, si la sentencia se pronuncia declarando la incapacidad para testar –o para partir– de una persona, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 761 de la LEC. para que dicha persona pueda realizar tales actos será necesario acudir a una nueva sentencia que modifique o revoque la anterior. La necesidad de acudir a tal sentencia puede suponer, en algún caso, negar la capacidad a quien *de hecho* no tenga la citada incapacidad. Sin embargo, es la solución adecuada según los términos en que se expresa el artículo 761 de la LEC.: “*la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida*”.

Visto que la capacidad para partir es la misma que la de testar conviene hacer alguna matización en relación con la partija testamentaria (cfr. art. 157 LDCG.). En este caso, al estar contenida dicha partija en un testamento, a la capacidad para partir se agregan otra serie de requisitos derivados del instrumento testamentario en el que se contiene la partición. De acuerdo con ello no podrá realizar la partición quien, a pesar de tener la capacidad general para testar y para partir, no pueda otorgar un tipo concreto de testamento por no cumplir, por ejemplo, algún requisito esencial del testamento de que se trate⁴³⁹. En estos casos, además de exigirse la capacidad para partir habrá que estar en condiciones de poder otorgar el testamento en cuestión⁴⁴⁰.

que la partición haya de ser testamentaria. Con todo, si el testador no realiza la partición inmediatamente después de testar, una vez reconocida su capacidad *ex art. 665 Cc.*, sino que la efectúa pasado el tiempo habrá de observar respecto de la partición cautelas análogas a las establecidas en el referido precepto.

⁴³⁹ Así, por ejemplo, “*los ciegos y los que no sepan o no puedan leer*” no podrán otorgar un testamento cerrado (cfr. art. 708 Cc.), ni un menor de edad, aunque sea mayor de catorce años, o una persona que no pueda escribir por sí misma podrá otorgar un testamento ológrafo (cfr. arts. 678 y 688 Cc.). Además de estas *incapacidades*, que OSSORIO MORALES (*Manual de sucesión testada*, cit., pp. 52 y 53) llama *especiales*, existe, según el citado autor, otra incapacidad *general* que no establece el Código y que se refiere a los sordomudos que no saben leer ni escribir: debido a estas circunstancias no pueden realizar testamento ológrafo, ni abierto, ni cerrado (arg. *ex arts. 678 y 688, 695 y 708 Cc., a sensu contrario*, respectivamente). Así las cosas, CASTÁN reconoce que sería “racional y deseable” que existiese una forma especial de testar acomodada –los sordomudos que no saben leer ni

Junto con ello, y aun cuando lo anterior no ocurra en relación con la partija extratestamentaria (cfr. art. 157 LDCG.), pensamos, con algún autor, que, en tal caso, resulta de todo punto adecuado establecer cautelas análogas a las recogidas en las Secciones III a VI del Capítulo I del Título III del Libro III del Código civil relativas a los testamentos ológrafo, abierto y cerrado, para aquellas personas que padezcan alguna deficiencia, ya sea no saber leer o no saber escribir, por ejemplo, y vayan a realizar tal partición⁴⁴¹.

escribir– aunque parece que la solución es difícil de encontrar debido a las exigencias de los actos *mortis causa* (cfr. *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 482).

⁴⁴⁰ Lo indicado en el texto sucedería en relación con la partición conjunta si se admite que en la LDCG. el testamento mancomunado –única clase de testamento en donde se puede contener la partición conjunta– pueda efectuarse en forma ológrafa o cerrada. Son partidarios de tal opinión MARTÍNEZ GARCÍA (“Comentarios al artículo 136 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 117), CORA GUERREIRO y GIL CABALLERO (“Comentarios a los artículos 141 a 143 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 146), ALONSO VISO (“El testamento mancomunado en el Derecho Gallego”, *Revista Xurídica Galega*, nº 14, 3º cuatrimestre, 1996, pp. 25 y 26) y DÍAZ-FUENTES (*Derecho civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, cit., pp. 267 y 268). Con todo, es opinión mayoritaria en la doctrina gallega la que entiende que el testamento mancomunado únicamente puede ser un testamento abierto notarial. Cfr., entre otros, GUTIÉRREZ ALLER (“Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 401), LETE DEL RÍO (“Comentarios al artículo 136 LDCG.” y “Comentarios al artículo 137 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 986, 987 y 1032), PÉREZ ÁLVAREZ (“Comentarios a los artículos 141 y 142 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 1115-1118) y LÓPEZ SUÁREZ (“La intervención del Notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 5, Universidad de A Coruña, 2001, pp. 373-376).

⁴⁴¹ Cfr. DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, cit., p. 211, quien cita a SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 1989. Este último es de dicha opinión, aun cuando ello únicamente se deduce de forma implícita.

Recapitulando lo expuesto, podemos decir que, siendo la capacidad para partir la misma que para testar –a salvo las consideraciones realizadas respecto de la partición testamentaria–, existe una presunción general de capacidad derivada de los artículos 662 y siguientes del Código civil. Tal capacidad, como se declara en el artículo 666 Cc., habrá de valorarse en el momento de realización del negocio, de modo tal que las circunstancias anteriores o sobrevenidas en nada afectan al negocio realizado.

2.3 La existencia de vínculo matrimonial

2.3.1 La necesidad de que los testadores sean cónyuges

Como hemos indicado, para la realización de la partija conjunta la Ley de Derecho Civil de Galicia exige que los testadores estén unidos por matrimonio. Esta interrelación entre partición conjunta y la condición de cónyuges se justifica a la vista de los términos en que se expresan los artículos que contienen su régimen jurídico. En efecto, dichos preceptos no permiten dudar de que la Ley de Derecho Civil de Galicia ha establecido limitaciones en cuanto a las personas que pueden realizar la partición conjunta, concediendo únicamente tal posibilidad a los cónyuges. Así, tanto el artículo 157.2 LDCG. en el que se otorga la facultad de partir –“*los cónyuges pueden partir de forma conjunta*”–, como los preceptos concordantes con él ponen de relieve esta limitación: el artículo 158.1 LDCG. se refiere a los “*cónyuges testadores*”, y el artículo 158.2 utiliza la expresión “*la partición conjunta por ambos cónyuges*”. Por tanto: para efectuar la partición conjunta resulta imprescindible que los testadores estén unidos por matrimonio en el momento de realizarla. Esta consideración inicial nos permite extraer tres conclusiones que a continuación se exponen.

La primera conclusión que se infiere de los preceptos señalados es que los testadores, además de tener la capacidad para testar –que resulta suficiente para poder partir– han de tener la necesaria para contraer matrimonio, ya que de lo contrario no podrían realizar la partición conjunta. Así, según se establece en el artículo 46 del Código civil, no podrán contraer matrimonio “*los menores de edad no emancipados*” y “*los que estén ligados con vínculo*

matrimonial”. En vista de ello, es posible que un menor de edad no emancipado pero mayor de catorce años y que se halle en su cabal juicio tenga capacidad para testar y partir pero que no pueda efectuar la partición conjunta por carecer de la capacidad suficiente para contraer matrimonio: “*no pueden contraer matrimonio: los menores de edad no emancipados*” (arg. ex arts. 46 y 663 Cc.). Con todo, tal imposibilidad no es absoluta por cuanto que, en tales casos, cabría acudir al expediente de dispensa del requisito de la edad. Tal dispensa, conforme se regula en el artículo 48.2 del Código civil, la puede conceder el Juez de primera instancia –con justa causa o a instancia de parte– a partir de los catorce años⁴⁴². Primera conclusión por tanto: para poder efectuar la partición conjunta es necesario que los causantes, además de tener la capacidad necesaria para testar, tengan la suficiente para contraer matrimonio.

Una segunda conclusión que se sigue de lo establecido por el artículo 157 LDCG. es que no resulta preciso que los cónyuges que llevan a cabo la partija conjunta estuviesen unidos por vínculo matrimonial cuando hicieron testamento, en caso de que lo hayan otorgado con anterioridad. Es decir: no es imprescindible que los cónyuges que parten de forma conjunta tengan tal condición a la hora de testar, salvo, claro está, que hayan otorgado testamento mancomunado. Lo anterior por cuanto que los artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia en que se regula específicamente esta modalidad de testamento exigen expresamente la existencia de matrimonio para su otorgamiento (cfr. arts. 137 y ss.)⁴⁴³. Siendo ello así, es de todo punto factible que los cónyuges hayan otorgado dos testamentos individuales antes de contraer matrimonio, y que, una vez contraído éste, realicen la partición conjunta de sus bienes.

⁴⁴² De todos modos, un matrimonio contraído por un menor no emancipado puede convalidarse con la dispensa ulterior si la nulidad del mismo no ha sido instada judicialmente por alguna de las partes (cfr. art. 48.3 Cc.).

⁴⁴³ En particular el artículo 137 LDCG. establece que “*los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aún fuera de Galicia*”.

Y la tercera conclusión derivada de la exigencia de ser cónyuges quienes realizan la partija conjunta es que, en el ámbito de la Ley de Derecho Civil de Galicia, no cabe, de suyo, que efectúen ésta los que se hubiesen divorciado, las parejas de hecho, ni tampoco aquellas personas cuyo matrimonio ha sido declarado nulo –supuesto que examinaremos con detenimiento en las páginas siguientes–. En otro sentido: de lo dispuesto en el artículo 157.2 LDCG. se infiere que la partición conjunta puede ser realizada por cónyuges separados de hecho o judicialmente, ya que en tal caso continúan siendo cónyuges⁴⁴⁴.

Sentadas algunas consecuencias derivadas del requisito del matrimonio que venimos comentando, a continuación centraremos nuestra atención en estudiar cómo afectan las anomalías de aquél a una partición conjunta ya efectuada.

2.3.2 Anomalías posteriores al matrimonio

A) Preliminar

Visto que la Ley de Derecho Civil de Galicia exige que exista matrimonio al tiempo de realizar la partija conjunta (cfr. art. 157.2 LDCG.), resulta

⁴⁴⁴ A nuestro modo de ver, en la LDCG. se limita la facultad de efectuar la partición conjunta refiriéndola única y exclusivamente a los cónyuges, aún cuando el artículo 157 LDCG. no excluya de forma expresa otras opciones. Además, aunque teóricamente cabría admitir múltiples posibilidades en cuanto a las personas que podrían realizar la partija conjunta, la realidad demuestra que muchas de éstas, aún siendo teóricamente posibles, son poco frecuentes, cuando no utópicas: por ejemplo, que dos cónyuges divorciados realicen la partija conjunta de sus herencias, que continúen manteniendo una realizada mientras estaban casados o que se unan de nuevo a los solos efectos de realizar la partición, máxime teniendo en cuenta que por el divorcio ambos pierden los derechos legitimarios en la herencia del cónyuge (arg. ex arts. 146 LDCG. y 807 y 834 y ss. en relación con el artículo 85 Cc.). Por otra parte, en lo que al ámbito del Código civil se refiere, VALLET –partidario de la admisibilidad de la partición conjunta, a pesar de no regularse de modo expreso en el citado Cuerpo legal– se planteó la posibilidad de que pudiesen acogerse a ella personas que estuviesen unidas por relación de parentesco u otras relaciones análogas y no por vínculo matrimonial (cfr. “Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., pp. 134 y 135. Este autor simplemente plantea de soslayo la cuestión sin profundizar en ella).

oportuno examinar qué sucede con una partición realizada por dos cónyuges en situación de ordinaria convivencia matrimonial si posteriormente surgen anomalías en su matrimonio: separación, declaración de nulidad o divorcio.

En la Ley gallega, a diferencia de lo que sucede en la regulación de Derecho civil aragonés y navarro, no existe ningún precepto concreto en el que se regule de modo general los efectos de estas situaciones matrimoniales –divorcio, separación y nulidad– en relación con la disposición⁴⁴⁵. Así, ante la ausencia de un precepto específico en la LDCG. con esta finalidad, resulta necesario acudir al régimen del Código civil, contenido en el Capítulo VI del Título III del Libro III.

Ello expuesto, y con atención a tales normas, en primer lugar examinaremos los casos en que tras la realización de una partición conjunta sobreviene una separación (cfr. arts. 81 y ss. Cc.) o se produce el divorcio (cfr. arts. 85 y ss. Cc.) –supuestos que se analizarán de forma conjunta pues, como se verá, tienen soluciones similares–. En concreto, en dicho ámbito, nuestro objeto de estudio consistirá en determinar dos cuestiones: por un lado, si la partición subsiste tras la separación y el divorcio; y por otro, si, en caso de que subsista, mantiene toda su eficacia. Tras dicho examen nos detendremos a analizar el supuesto en que, una vez hecha la partición conjunta por los cónyuges, se declara la nulidad de su matrimonio (cfr. art. 79 Cc.).

⁴⁴⁵ En cambio, sí existe un precepto parecido al que aludimos en el texto en la Propuesta de reforma de la LDCG. Así, el artículo 208 dispone que “salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no surtirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco surtirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges que conste fehacientemente” (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2421). Respecto de la incidencia de tales situaciones en la facultad testatoria en el marco del testamento por comisario vid. el artículo 202 de dicho texto. Por lo que se refiere el Derecho aragonés y navarro, vid. los artículos 96 a 98 de la antigua Compilación aragonesa recogidos en el artículo 123 de la LS. de Aragón, y la ley 201 del FN. de Navarra.

B) Separación y divorcio

a) La subsistencia de la partición conjunta

Una cuestión íntimamente relacionada con el examen de la subsistencia o no de la partición conjunta efectuada por dos cónyuges si se produce su separación o se llega al divorcio, estriba en la determinación del alcance del requisito del matrimonio que la Ley de Derecho Civil de Galicia establece, entre otros, en el artículo 157.2: *“los cónyuges pueden partir conjuntamente”*. En otras palabras: se trataría de dilucidar si dicho requisito –el matrimonio– debe exigirse únicamente en el momento de efectuar la partición conjunta o si es precisa su subsistencia posterior. Como se puede deducir, la determinación de este extremo es relevante: si únicamente se ha de exigir el requisito del matrimonio en el momento de llevar a cabo la partición conjunta, la separación y el divorcio posterior no afectarán a la subsistencia de la partición. Sin embargo, si matrimonio y partija han de coexistir, el divorcio posterior –no así la separación– provocará que dicha partición sea ineficaz.

Determinado el problema a considerar, en atención a que ni la Ley de Derecho Civil de Galicia ni el Código civil señalan expresamente nada al respecto, parece que el requisito del matrimonio únicamente se habrá de exigir en el momento de la realización de la partición conjunta. En efecto, la LDCG. solamente se refiere al matrimonio en el momento de realizar la partición, sin especificar que dicho requisito se deba exigir durante toda la “vida” de la misma. Asimismo, el ya examinado artículo 666 Cc. –que entendemos aplicable por analogía– establece que *“para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”*.

Por tanto, con fundamento en lo expuesto se puede concluir que, en lo que a nosotros interesa, la regla general es que si sobreviene la separación de los cónyuges o el divorcio, la partición conjunta subsiste hasta que aquellos decidan revocarla⁴⁴⁶. Nótese que no sería necesario acudir al citado principio

⁴⁴⁶ Hasta hace poco la separación de hecho no tenía relevancia a efectos legales más que como causa de separación judicial y de divorcio y en los supuestos referidos en los artículos

general en relación con la separación puesto que ésta no disuelve el vínculo matrimonial. Así, aun cuando la regla general fuese la contraria –el matrimonio ha de coexistir con la partición conjunta en todo momento– los cónyuges separados seguirían siendo tales, y cumplirían por tanto, dicho requisito. Pero en fin, dado que el requisito del matrimonio sólo ha de exigirse en el momento de su realización, ni la separación ni el divorcio posterior afectarán a la validez de la partición conjunta.

b) La posible ineficacia de la partición conjunta

Cuestión distinta a la apuntada es la que atiende a la eficacia de la partición conjunta. Una vez determinada la subsistencia de aquélla, hemos de preguntarnos por su eficacia. Ello reviste especial interés ya que, a consecuencia del divorcio o de la separación, pueden verse modificadas las cuotas de institución de los cónyuges por imperativo del Código civil. Modificación que, en virtud del principio de accesoriedad, puede traer consigo la ineficacia –parcial o total– de la partición –no su invalidez–, al no corresponderse totalmente las cláusulas particionales con la voluntad dispositiva. En tales casos, para salvar la partición en su totalidad será necesario proceder a su modificación al objeto de que se adecue a las nuevas cuotas de institución; modificación que, tratándose de divorcio, no podrá ser llevada a cabo conjuntamente por los cónyuges pues éstos ya no son tales⁴⁴⁷.

116 y 156 del Código civil. De acuerdo con ello, O'CALLAGHAN escribía que “la separación únicamente se produce (como el divorcio) por el ejercicio de una acción, el trámite de un proceso y por una sentencia que tendrá carácter constitutivo. Es decir, sólo cabe –a efectos legales– la *separación judicial*, separación constituida por sentencia, llamada también *separación legal*” (*Compendio de Derecho civil*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1996, p. 80). Vid., en el mismo sentido, LLOPIS GINER, “La incidencia de las rupturas matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, *Revista General de Derecho*, nº 645, junio, 1998, año LIV, pp. 7049-7050. Así las cosas, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio, la separación de hecho también tiene relevancia, por lo menos, en la determinación de los derechos del cónyuge viudo tal y como se recoge en la nueva redacción del artículo 834 Cc. transcrita en el texto. Vid. también el artículo 945 Cc.

⁴⁴⁷ El divorcio disuelve el vínculo matrimonial (cfr. art. 85 Cc.) que es lo que justifica en la LDCG. el carácter conjunto o mancomunado del testamento o de la partición. Además y según hemos avanzado, parece ciertamente difícil que –en caso de que fuese posible– unos

En primer lugar, por lo que se refiere a la modificación de las cuotas de institución que puede producir la separación de los cónyuges –que siguen siendo tales–, es preciso atender al artículo 834 del Código civil, ubicado en la Sección que lleva por título “*derechos del cónyuge viudo*”. Dicho precepto establece que “*el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*”; tercio que constituye la legítima del cónyuge supérstite cuando concurre con hijos o descendientes. En lo que ahora importa, del citado artículo cabe colegir, a *sensu contrario*, que en los casos de separación únicamente se produce una alteración en las cuotas de institución del cónyuge supérstite: en tal caso, no tendrá derecho a su cuota legitimaria⁴⁴⁸. Así pues, cuando exista separación judicial o de hecho, la legítima –y los bienes sobre los que ésta recaiga– se verá afectada⁴⁴⁹: se perderá el derecho a ella, con la consiguiente

excónyuges se pusiesen de acuerdo para modificar de modo conjunto la partija: no resulta sencillo que lleguen a un consenso sobre este punto en tales momentos, siendo además suficiente la revocación individual del testamento para dejar sin efecto la partija.

⁴⁴⁸ Tras la reforma de esta materia por la Ley de 13 de mayo de 1981 se eliminó la exigencia de que las sentencias se pronunciasen sobre la culpabilidad. Recientemente tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio, se ha suprimido en dicho precepto toda referencia a una posible culpabilidad. Sobre el modo cómo se interpretaba y armonizaba hasta esta última reforma la exigencia del anterior artículo 834 Cc. –“*el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*”– vid., DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 245, LLOPIS GINER, “La incidencia de las rupturas matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, cit., p. 7051 y la resolución de la DGRN. de 25 de junio de 1997 (RJA. nº 4.571). Vid., también, la síntesis de las distintas opiniones doctrinales existentes que, sobre este tema y sobre el tipo de separación a que ha de referirse el artículo 834 Cc., recoge LUQUE TORRES, *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, pp. 168-183.

⁴⁴⁹ El artículo 837 Cc. especifica que el usufructo que corresponde al cónyuge por legítima en caso de que no existan descendientes pero sí ascendientes es de la mitad de la herencia. Así, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de los artículos 834 Cc. –cónyuge que concurre con hijos o descendientes– y 838 Cc. –no existen ni descendientes ni

ineficacia de las cláusulas particionales en las que se hubiesen concretado los bienes con que cubrirla⁴⁵⁰.

En segundo lugar, y en lo que atañe al divorcio, de los artículos 85 y siguientes y 806 y siguientes del Código civil cabe colegir que su declaración produce la pérdida de los derechos legitimarios de cada cónyuge en la herencia del otro, ya que, a consecuencia del divorcio, los cónyuges pierden tal condición. Así, tras el divorcio y posterior fallecimiento de uno de los que eran cónyuges, el superviviente no tendrá la condición de sobreviviente “viudo” del premuerto que, en la determinación de herederos forzosos con derecho a legítima, exige el artículo 807 Cc. (cfr. art. 152 LDCG.). Por el motivo indicado, las cláusulas de institución del cónyuge contenidas en el testamento en lo que se refiere a su cuota legitimaria serán ineficaces. Lo mismo sucederá en el ámbito particional respecto de las cláusulas en que se efectúen las determinaciones concretas de bienes con que rellenar tales cuotas.

En tercer lugar, y al margen de las citadas modificaciones de los derechos sucesorios de los cónyuges establecidas por el Código civil en caso de separación y divorcio, hemos de examinar qué sucede si en el testamento se

ascendientes–, en el caso del artículo 837 Cc. la legítima no recae sobre porciones enteras de la herencia.

⁴⁵⁰ La modificación de los derechos sucesorios del cónyuge en casos de separación y divorcio afecta tanto a la sucesión testamentaria como a la *abintestato* (cfr. arts. 834 y ss. y 943 y ss. del Cc.), no siendo tampoco una especialidad de la partija conjunta, como ya hemos expuesto. Hasta la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio existía una opinión doctrinal minoritaria –vid., por todos, VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, Separación, Divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1982, p. 324– que entendía que en la separación de hecho de mutuo acuerdo que constase fehacientemente –expresión que ha sido sustituida por “separación de hecho”– (cfr. art. 945 Cc.) también se perdía el derecho a la legítima, en cuyo caso, y a salvo su modificación, la partición se vería afectada del modo en que hemos indicado en el texto. Sin embargo, la mayoría de la doctrina no era de tal opinión. Como representante de la doctrina mayoritaria vid. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 316, y el completo resumen de opiniones que efectúa PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 406 a 416.

han incluido cláusulas dispositivas a favor de uno de ellos, a título de cónyuge, con cargo al tercio de libre disposición –si la institución es a título personal no se plantea problema alguno–⁴⁵¹. Para determinar lo que le sucederá a la partición conjunta en estos supuestos es preciso atender, en virtud del principio de accesoriedad, a lo que le suceda a la institución; si ésta decae, decaerán también las cláusulas particionales que concretan dicha cuota; y a la inversa: si la institución no decae, no parece que deban decaer las cláusulas particionales.

La determinación del mantenimiento o no de la institución realizada por el causante a su cónyuge en concepto de tal con cargo al tercio libre es, ante todo, un problema de interpretación de la voluntad del testador que ha de resolverse conforme a las normas correspondientes contenidas en los artículos 675 y siguientes del Código civil⁴⁵². Con todo, es preciso indicar que esta cuestión únicamente plantea dudas de interpretación de voluntad en los supuestos de divorcio. Ello se debe a que en la separación, al no disolverse el vínculo matrimonial, la institución mantendrá su existencia –el cónyuge sigue siendo tal–; no así en los supuestos de divorcio en los que, de acuerdo con el Código civil, se rompe el vínculo matrimonial (cfr. art. 85 Cc.). En tales casos, pues, será necesario acudir a las normas anteriormente indicadas para

⁴⁵¹ Es de misma opinión LUQUE TORRES, *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, cit., la p. 221.

⁴⁵² LUQUE TORRES (*Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, cit., pp. 221, 224 y 225), considera que, cuando la institución se realiza únicamente a título de cónyuge, ésta no se mantiene, a diferencia de lo que ocurre si el causante instituyó a su cónyuge utilizando dicho término y especificando posteriormente su nombre. En tal supuesto, salvo revocación, se mantendría la disposición. A nuestro modo de ver, la determinación del mantenimiento o no de la institución es, como se indica en el texto, una cuestión de interpretación de la voluntad del testador. En dicha interpretación se pueden tener en cuenta los criterios recogidos por LUQUE TORRES, aun cuando tales reglas no tengan carácter absoluto. Corroboramos nuestra tesis la resolución de la DGRN. de 26 de noviembre de 1998 (RJA. nº 8.541).

resolver si la institución del cónyuge por tal condición en una cuota con cargo al tercio de libre disposición se ha de mantener o no⁴⁵³.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta las modificaciones que pudieran operarse en la cuotas de institución por virtud de lo dispuesto por el Código civil, es preciso indicar que lo más corriente es que sean los mismos cónyuges los que, tras la separación o el divorcio, procedan a modificar directamente el testamento para adecuarlo a la nueva situación. Tal modificación, que de acuerdo con el principio de accesoriadad bastará para dejar sin efecto la partición conjunta realizada, puede ser efectuada por cualquiera de ellos en cualquier momento: en lo que aquí interesa, una vez declarada la separación judicial, durante la tramitación del divorcio o tras él. De todos modos, si lo prefieren, pueden modificar directamente la partición –de modo individual en casos de divorcio y de modo individual o conjunto en los de separación (arg. ex art. 157 LDCG.)–⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Si el fallecimiento del causante se produce durante el procedimiento de divorcio, la acción se extinguirá debido a su carácter personalísimo (cfr. art. 85 Cc.): el cónyuge superviviente no perderá los derechos sucesorios y la partición será plenamente eficaz. Del mismo modo, si tras la presentación de la demanda y antes de la sentencia se produce la reconciliación de los cónyuges tampoco se perderán los derechos sucesorios (arg. ex art. 88 Cc.). Junto con ello, se ha de indicar, como apunta LLOPIS GINER (“La incidencia de las rupturas matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, cit., p. 7042) que la ruptura matrimonial (..) no priva (..) al testador de su libertad testamentaria para favorecer (lo) –al cónyuge– a través de su disposición de última voluntad”. Disposición que habrá de efectuarse teniendo en cuenta lo señalado en la nota precedente.

⁴⁵⁴ MERINO HERNÁNDEZ ha defendido que, en los supuestos que mencionamos en el texto y con respecto a las disposiciones no recíprocamente condicionadas del cónyuge no revocante, un testamento mancomunado inicial pueda mantenerse como un testamento individual (“Comentarios a los artículos 96 a 97 de la Compilación de Aragón”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. I, Edersa, Madrid, 1987, p. 132). Vid. también el interesante caso a que responde la sentencia de 29 de enero de 1960 (RJA. nº 894).

c) Conclusión

De todo lo expuesto y a modo de conclusión, cabe afirmar que, si se produce una separación o divorcio, lo más adecuado es que sean los cónyuges los que modifiquen el testamento o testamentos del que trae causa la partición conjunta, dejando sin efecto tal partija, o que modifiquen directamente la partija. Y ello porque, de no procederse así, resulta probable que la partición, que conserva su validez, no desplegará toda su eficacia al no adecuarse con la voluntad dispositiva, por cuanto que el Código civil impone una alteración en las cuotas de institución para tales supuestos (cfr. arts. 834 y ss. Cc.).

C) Nulidad matrimonial

a) Ideas previas

Una vez examinado lo que ocurre con la partija conjunta realizada por ambos cónyuges *ex art. 157.2 LDCG*, si posteriormente se produce la separación o el divorcio (cfr. arts. 81 y ss. y 85 y ss. Cc.), a continuación analizaremos qué sucede si tras dicha partición tiene lugar la declaración de nulidad de su matrimonio. Para proceder a tal análisis comenzaremos deteniéndonos brevemente a considerar de forma general lo que supone la declaración de la nulidad de un matrimonio: su alcance, sus efectos y su finalidad. Estas consideraciones resultan necesarias para poder comprender el posterior examen específico de los efectos de la misma en relación con la partija conjunta.

Así las cosas, en primer lugar se ha de conocer el significado de la declaración de nulidad de un negocio jurídico. Como es sabido, dicha declaración supone reconocer que tal negocio nunca existió: lo único que ha existido es una mera apariencia de negocio. Siendo ello así, la regla general que el ordenamiento jurídico establece para los supuestos en que se declara la nulidad de un negocio jurídico –es decir, cuando se declara que éste no ha existido– consiste en la retroacción de los efectos a fin de restaurar la situación original. Ello se debe a que, como establece la máxima latina, *quod nullum est nullum producit effectum*; es decir: lo que es nulo no puede

producir efecto alguno. Por tanto, debido a la imposibilidad que tiene el negocio declarado nulo de producir efectos, resulta necesario retrotraerse a la situación original existente antes de realizarlo, según se regula de forma pormenorizada en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil.

Aplicando el citado principio al matrimonio, cabe colegir que la declaración de nulidad del mismo supone reconocer que nunca existió; es decir, que en ningún momento ha habido matrimonio: lo único que ha habido es una apariencia de verdadero matrimonio. Pese a lo dicho, y aun cuando tal declaración respecto del matrimonio suponga reconocer que nunca existió, el ordenamiento jurídico, de forma excepcional, no le aplica a éste todos los principios del negocio jurídico: en concreto, ordena la atenuación de la máxima de *quod nullum est nullum producit effectum*. Y así, como dispone el artículo 79 del Código civil, ese matrimonio nulo puede producir algunos efectos⁴⁵⁵. De acuerdo con el citado precepto, “*la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume*”⁴⁵⁶. Por tanto, según se deduce del artículo transcrito, en relación con un matrimonio declarado nulo se excepciona el régimen normal de la nulidad y la consiguiente retroacción de los efectos; o dicho en otros términos: en el caso de un matrimonio putativo estamos ante un negocio nulo que, por disposición de la ley, es eficaz y produce –más bien, conserva– ciertos efectos⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ En sintonía con el carácter excepcional de la regulación del artículo 79 Cc., el Código civil también permite en algún caso la convalidación de dicho matrimonio nulo si no se ha ejercitado la acción de nulidad (cfr. arts. 48.3, 75.2, 76.2 del Código civil).

⁴⁵⁶ El artículo 79 Cc. fue introducido por la Ley de reforma del Código civil de 14 de junio de 1981, en sustitución del anterior artículo 69 Cc. El nuevo artículo 79 Cc. da una solución técnica, en cuanto a la excepción de la retroactividad, mejor que la de aquél, por más que la reglamentación de los efectos sea sustancialmente la misma (vid., por todos, LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1990, p. 171).

⁴⁵⁷ A este respecto SANCHO comenta que “el matrimonio putativo es un matrimonio nulo que no se convalida o sana, confirma o convierte, siquiera sea *ad tempus*, por la ley; sino un matrimonio ya inicialmente nulo y que nulo permanece; pero al que, en virtud de la investidura formal que le presta la celebración, la ley reconoce efectos, como si fuese válido,

Sentada esta premisa, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 79 del Código civil, el matrimonio declarado nulo tiene “efectos en el pasado” pero no produce “efectos para el futuro”⁴⁵⁸. Es decir, en dicho matrimonio, a partir de la fecha de la sentencia –que ha de ser firme– la nulidad opera como si en ese momento hubiera tenido lugar su disolución, aun cuando se conserven algunos efectos producidos con anterioridad⁴⁵⁹. Ello se debe a que el legislador admite la apariencia de verdadero matrimonio como título suficiente para otorgar fundamento jurídico a determinados efectos que se conectan con el mismo: en concreto, los efectos ya producidos (cfr. art. 79 Cc.)⁴⁶⁰. Así pues, para que se puedan conservar algunos efectos en relación con el matrimonio nulo es necesario que éstos se hayan producido antes de tal declaración.

La razón que justifica el régimen de excepción que hemos mencionado se fundamenta, según la doctrina, en razones de equidad, en el carácter

hasta la declaración de nulidad, con las limitaciones consecuentes a la mala fe que, lógicamente, es incompatible con la apariencia protegida: por eso produce siempre efectos en cuanto a los hijos” (LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, nueva edición revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2002, p. 79). Y, en otro momento, añade que “el artículo 69 –actual 79– no dota de efectos al matrimonio nulo porque finja su validez o porque tal matrimonio sea solamente válido hasta la declaración de nulidad (..), el artículo 69 concede eficacia precisamente a un matrimonio originariamente nulo, a una situación de hecho” (SANCHO, “Comentarios al artículo 69 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, 1ª edición, Edersa, Madrid, 1978, p. 189). En sentido similar, vid. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo IV, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 2002, p. 98.

⁴⁵⁸ Cfr. LETE DEL RÍO, “Comentarios al artículo 79 Cc.”, en VVAA., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código Civil*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994, p. 778, quien toma la expresión de la doctrina francesa.

⁴⁵⁹ Cfr. COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, revisado y puesto al día por De Cossío Martínez y León Alonso, Civitas, Madrid, 1988, p. 404 y LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, nueva edición, cit., p. 80.

⁴⁶⁰ Cfr., la sentencia de 13 de mayo de 1983 (RJA. nº 2.819).

institucional del matrimonio y de la familia⁴⁶¹ y en que el matrimonio “origina un status con caracteres de permanencia y consecuencias irreversibles”⁴⁶². Características que motivan que la aplicación del régimen de retroacción de los efectos en toda su amplitud origine una “situación irreparable de desfavor jurídico y moral”⁴⁶³, que el legislador trata de evitar.

Por lo que se refiere al ámbito sucesorio, y en relación con la materia objeto de estudio de este trabajo –la partija conjunta–, aun cuando ello sea en breve objeto de un examen más detenido, se puede indicar ahora que si no ha fallecido ninguno de los contrayentes antes de la declaración de nulidad del matrimonio no se pueden haber producido ningunos efectos (cfr. arts. 657 y 661 Cc.). Así, si los que en apariencia fueron cónyuges viven tras la declaración de nulidad de su matrimonio, no se habrá producido efecto sucesorio alguno que quepa conservar. En lo que ahora importa, del aserto anterior se derivan, en relación con la partición conjunta, dos conclusiones. La primera: al reconocerse con la declaración de nulidad que los cónyuges no son tales y nunca lo fueron, no podrán en adelante realizar una partición conjunta (cfr. arts. 79 Cc. y 157 LDCG.). Y la segunda: la partición conjunta realizada con anterioridad carecerá de validez, pues, en el momento de efectuarla, los cónyuges no tenían la condición de tales, no pudiendo además conservarse ningún efecto sucesorio *ex* artículo 79 Cc. al no haberse producido.

Pues bien, así las cosas, al igual que efectúa el artículo 79 del Código civil, realizaremos una distinción entre los contrayentes y los hijos para examinar

⁴⁶¹ Cfr. GARCÍA CANTERO (“Comentarios al artículo 79 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, 2ª edición de acuerdo con la Ley de 7 de julio de 1981, Edersa, Madrid, 1982, p. 242). Y, tildando de “graves” a las razones de equidad, FUENMAYOR (“El Derecho sucesorio del cónyuge putativo”, *RGLJ.*, tomo CLXX, nº 5, noviembre, 1941, pp. 432 y 433).

⁴⁶² SANCHO, “Comentarios al artículo 69 Cc.”, cit., p. 188.

⁴⁶³ FUENMAYOR, “El Derecho sucesorio del cónyuge putativo”, cit., p. 432, citando a Andrade Pires de Lima (*O casamento putativo no direito civil portugues*, Coímbra, 1929, p. 15).

cuáles son los efectos de la declaración de nulidad del matrimonio en el ámbito sucesorio –en concreto, en lo que a la partición conjunta se refiere– respecto de cada uno de ellos (cfr. arts. 657 y 661 Cc.). En primer lugar analizaremos el caso de los contrayentes, y, a continuación, nos detendremos a estudiar la situación de los hijos de los en apariencia cónyuges cuyo “matrimonio” haya sido declarado nulo.

b) Efectos de la nulidad respecto de los contrayentes

a’) Preliminar

Antes de efectuar el análisis específico de los efectos que la nulidad produce respecto de los contrayentes, resulta conveniente resaltar que, para que un cónyuge pueda suceder al otro y recibir lo que en su herencia le corresponda por tal condición, es necesario que se cumplan tres requisitos: en primer lugar, es preciso que el causante haya fallecido (cfr. arts. 657 y 661 Cc.); en segundo lugar, que el llamado, que debe tener derecho a la herencia fundado en título suficiente, sobreviva al fallecido; y por último, que tenga el status de cónyuge que nace de la relación jurídica matrimonial en el momento del fallecimiento del causante⁴⁶⁴. Cumplidas las condiciones del fallecimiento del causante y del status de cónyuge, en punto al segundo requisito hay que precisar que es la Ley de Derecho Civil de Galicia quien da la vocación hereditaria *ex lege* al cónyuge supérstite en la herencia del fallecido, según se establece en el artículo 146 de la citada Ley, que remite a los artículos 806 y siguientes y 834 y siguientes del Código civil⁴⁶⁵. De acuerdo con lo

⁴⁶⁴ Siguiendo la tesis mantenida por FUENMAYOR (El Derecho sucesorio del cónyuge putativo”, cit., p. 442 y ss.) cabe apuntar que el matrimonio genera un status, una cualidad jurídica que nace en el seno de una relación jurídica –la matrimonial– y que desaparece con todo su contenido en el momento en que dicha relación jurídica se extingue. Por otra parte, en el texto se especifica que la condición de cónyuge se ha de tener en el momento del fallecimiento. Ello se debe a que, en sentido estricto, no es posible tener tal condición con posterioridad al fallecimiento (cfr. art. 85 Cc.).

⁴⁶⁵ El artículo 146 de la LDCG. dispone: “1. *Legítima es la cuota de activo líquido que necesariamente corresponde a determinados parientes del causante de una sucesión y al cónyuge viudo de éste, salvo en los casos de apartación regulados en esta Ley.* 2. *Son*

establecido por tales preceptos, el cónyuge supérstite recibirá en la herencia del causante, por tal condición y en concepto de legítima, el usufructo de parte de la herencia; usufructo que varía según quienes concurren a ella (cfr. arts. 834 y ss. Cc.). Siendo ello así, a los efectos que ahora comentamos, también sería título bastante para tener derecho a la herencia la institución del cónyuge en el testamento del fallecido en lo que exceda de la cuota legitimaria establecida en los preceptos indicados.

Pero en fin, al margen de ello y estando clarificadas tales ideas, examinemos ya cada uno de los tres supuestos a que la declaración de nulidad puede dar lugar en relación a los contrayentes. Estos tres supuestos son los siguientes: que la declaración de nulidad sea anterior al fallecimiento de cualquiera de ambos –supuesto al que ya hemos hecho alguna referencia–, que tal declaración sea posterior y que el fallecimiento tenga lugar entre la presentación de la demanda y la sentencia de nulidad.

b') Declaración de nulidad anterior al fallecimiento de uno de los contrayentes

Como se ha indicado, para que un cónyuge pueda heredar del difunto lo que por tal condición le corresponde (cfr. art. 146 LDCG.) es necesario que se den los tres requisitos mencionados –el fallecimiento del causante, la supervivencia del heredero y el status de cónyuge– de tal modo que cuando uno falte ya no podrá recibir lo que por la condición de cónyuge le habría de corresponder.

Así las cosas, si la declaración de nulidad del matrimonio tiene lugar estando vivos ambos contrayentes, tras la apertura de la sucesión del primero que fallezca, el supérstite no podrá recibir por vía legitimaria lo que para el cónyuge supérstite dispone el Código civil. Ello se debe a que en dicho momento aquél no goza de tal condición: la declaración de nulidad recaída con anterioridad a dicho fallecimiento reconoció ya que los cónyuges nunca

legitimarios los herederos forzosos determinados en el Código civil y en la cuantía y proporción que, en los distintos supuestos, establece dicho cuerpo legal. 3. (..)”.

fueron tales. Lo anterior no impide que se pueda mantener la eficacia del llamamiento realizado por el causante al que aparentemente era su “cónyuge”, aunque no por tal condición, en lo que exceda de la cuota legitimaria.

Por lo que se refiere específicamente a la partición conjunta que pudieron haber realizado los que aparentemente eran cónyuges, ésta –traiga causa de un testamento mancomunado o de dos testamentos individuales– no tendrá eficacia en ningún caso. La solución anterior se justifica por un doble motivo. Por un lado, porque al reconocer la declaración de nulidad que los cónyuges nunca fueron tales, tanto el testamento mancomunado que pudieron haber otorgado como la partija conjunta que hubiesen realizado carece de validez ya que no cumplían uno de los requisitos que para tales actos establece la LDCG.: la existencia de matrimonio en el momento de su otorgamiento (cfr. art. 137 y 157.2 LDCG.). Y por otro lado, porque al no haber fallecido ningún contrayente antes de la declaración de nulidad, la partición conjunta o el testamento que pudieron haber otorgado sin ser cónyuges en tal momento –así lo reconoce la declaración– no se pueden conservar *ex art. 79 Cc.* porque no se ha abierto la sucesión de ninguno de ellos y tales instrumentos no han podido producir ningún efecto⁴⁶⁶.

Recapitulando lo expuesto cabe señalar dos cosas. La primera: si la declaración de nulidad se produce antes del fallecimiento de cualquiera de los que aparecen como cónyuges, no se pudo haber producido ningún efecto sucesorio que conforme al artículo 79 Cc. se pueda conservar. Con

⁴⁶⁶ A pesar de que el citado en el texto sea el criterio mayoritario en la doctrina de nuestro país, antiguamente algunos autores extranjeros se pronunciaron en sentido contrario, bien porque entendían que el derecho sucesorio constituía un derecho adquirido que se debía mantener tras la declaración nulidad del matrimonio (De Filippis, *Corso completo di Diritto Civile italiano comparato*, IX, Roma, 1881, n° 132, p. 111, y Gallardo, *L'Institution du mariage putatif en Droit Français. Etude historique et critique*, París, 1939, n° 219, p. 287, entre otros autores citados por FUENMAYOR, “El Derecho sucesorio del cónyuge putativo”, cit., pp. 443 y ss.), o bien porque realizaban una ficción extendiendo el derecho hereditario al cónyuge que no lo era realmente (LAURENT, *Principes de droit civil français*, III, París, 1878, n° 511, pp. 647 y 648, citado en FUENMAYOR, “El Derecho sucesorio del cónyuge putativo”, cit., pp. 443 y ss.; téngase en cuenta que la opinión de los citados autores se realiza con fundamento en la legislación de otros países).

fundamento en ello, se puede colegir que la partición conjunta que hubiesen realizado será inválida dado que no se habrá cumplido el requisito del matrimonio que el art. 157.2 LDCG. exige para el momento de su otorgamiento. La segunda consecuencia que se debe recordar es que los que en apariencia eran cónyuges no recibirán nada por tal condición cuando se abra la sucesión de uno de ellos. En concreto, no recibirán la cuota legitimaria establecida para el cónyuge superviviente por los artículos 146 LDCG. y 834 y siguientes Código civil, al no gozar de tal condición.

c') Declaración de nulidad posterior al fallecimiento de uno de los contrayentes

Si el fallecimiento de uno de los contrayentes ha tenido lugar antes de la declaración de nulidad del matrimonio, se habrá procedido a la apertura de la sucesión del difunto (cfr. arts. 657 y 661 Cc.). En este caso sí que se pudo haber producido algún efecto sucesorio que, conforme al artículo 79 del Código civil, se pueda conservar para los contrayentes de buena fe⁴⁶⁷. Así, la partija conjunta podría entrar dentro de los “*efectos ya producidos*” a que se refiere el artículo 79 del Código y que se habrán de mantener para el cónyuge en que concurra buena fe.

Ello expuesto, se ha de precisar que si en ambos contrayentes concurren mala fe, no se conservarán para ellos los efectos que hubiese producido la partija conjunta de las herencias (arg. *ex* art. 79 Cc.). De este modo, tras la sentencia de nulidad del matrimonio se podría ejercitar la acción de nulidad de los actos particionales realizados en favor de cualquiera de los que en apariencia eran cónyuges.

⁴⁶⁷ Sobre el contenido de la buena fe, vid., entre otros: SANCHO, “Comentarios al artículo 69 Cc.”, cit., p. 191; GARCÍA CANTERO, “Comentarios al artículo 79 Cc.”, cit., p. 243; VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, Separación, Divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, cit., p. 172; LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 173; GETE ALONSO Y CALERA, “Comentarios al artículo 79 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, tomo I, p. 332 y LETE DEL RÍO, “Comentarios al artículo 79 Cc.”, cit., p. 781.

Si, fallecido uno de los cónyuges, en el supérstite concurriera mala fe, no se le conservarán los efectos producidos por la partición de los bienes del fallecido. A diferencia de lo que sucede si el fallecido era en el que concurría la mala fe: los efectos que su sucesión haya producido –entre los que se puede incluir los derivados de la partición conjunta– se habrán de conservar para el cónyuge de buena fe. Como se colige, este último supuesto constituye una excepción a lo establecido por el artículo 157.2 LDCG. permitida por el artículo 79 Cc.: resulta eficaz una partición conjunta realizada por unos causantes que no son ni han sido cónyuges en ningún momento, pero en los que concurre la buena fe.

d') Fallecimiento posterior a la presentación de la demanda de nulidad y anterior a la sentencia

Este tercer supuesto se caracteriza porque la declaración de nulidad que reconoce la inexistencia de matrimonio tiene lugar tras el fallecimiento del causante; fallecimiento que acaece con posterioridad a la presentación de la demanda de nulidad y antes de la sentencia.

Para determinar lo que sucede en tales supuestos es preciso tener en cuenta que, como defiende la doctrina mayoritaria, los efectos de la declaración de nulidad no se producen hasta la sentencia⁴⁶⁸; y ello, porque hasta entonces no se ha declarado nulo el matrimonio. De acuerdo con lo anterior, si el fallecimiento sucede antes de la sentencia y después de presentada la demanda de nulidad, se ha de aplicar el mismo régimen que si el fallecimiento se produjo antes de la presentación de la demanda; o lo que es lo mismo: se ha de aplicar el régimen examinado para el caso en que la declaración de nulidad es posterior al fallecimiento de uno de los en apariencia cónyuges. En efecto, aun cuando durante el proceso de nulidad haya una situación de incerteza, de pendencia, en nada se ve afectado el status de ambos hasta la sentencia de nulidad. Sentencia que, si goza de firmeza y declara la nulidad del

⁴⁶⁸ Cfr., entre otros, FUENMAYOR, “El Derecho sucesorio del cónyuge putativo”, cit., p. 451 y SANCHO, “Comentarios al artículo 69 Cc.”, cit., p. 193.

matrimonio, afectará en la forma que hemos visto al contenido de los derechos de ambos.

c) Efectos de la nulidad en relación con los hijos

En el análisis realizado, hemos separado de propósito a los hijos puesto que para ellos se conservan siempre los “*efectos ya producidos*” por el matrimonio que se declara nulo (cfr. art. 79 Cc.). Ello es así con independencia de que en los contrayentes concurra buena o mala fe, ya que esta circunstancia no constituye obstáculo para que los hijos sean considerados como matrimoniales⁴⁶⁹. En efecto, la declaración de nulidad de la relación jurídico-matrimonial –esto es, del matrimonio– y la existencia o no de mala fe en los contrayentes no anula la relación jurídica paterno-filial que es la que da lugar al status de hijo⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Como ha dicho GETE ALONSO Y CALERA, “la eficacia más directa –del matrimonio putativo a que se refiere el artículo 79– supone la calificación de los mismos como hijos matrimoniales (art. 108.1 Cc.), con todas sus consecuencias (patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, etc.) y no sólo durante el período que existió matrimonio aparente sino también en el futuro” (“Comentarios al artículo 79 Cc.”, cit., p. 332). Calificación que, como apunta LETE DEL RÍO en otro orden de cosas, “no tiene más trascendencia que la valoración personal y social que se le otorgue; ya que después de la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981, la filiación matrimonial y la no matrimonial han sido completamente equiparadas en cuanto a sus efectos” (“Comentarios al artículo 79 Cc.”, cit., p. 785).

⁴⁷⁰ La razón del mantenimiento de los efectos producidos en el pasado –antes de la declaración de nulidad– y la producción de efectos para el futuro se deriva del texto del artículo 79 Cc. y del status de los hijos (cfr. art. 92.1 Cc.). Estos tienen tal condición a causa de la relación paterno-filial, que, aunque conectada con la relación jurídico-matrimonial es independiente de ella. Siendo ello así, hay que precisar también que los hijos tendrán la condición de matrimoniales por el hecho de ser concebidos antes de que el matrimonio sea declarado nulo. Por tanto, para ellos, en cierta medida es indistinto que el fallecimiento de uno de sus padres sea anterior o posterior a la declaración de nulidad de su matrimonio, ya que esta declaración en nada afecta a su status de hijo, que permanece mientras dure la relación jurídica paterno-filial que es su presupuesto. En cambio, sí les afecta en el sentido de que si el fallecimiento es posterior a la declaración de nulidad habrá algunos efectos sucesorios que, al no haberse producido, no se conservarán *ex* artículo 79 Cc.; por ejemplo, la partición.

Sentado lo anterior, y en lo que ahora interesa, cabe reconocer dos consecuencias que el referido status de hijo produce en el ámbito sucesorio. De un lado, y según se deduce del artículo 79 del Código civil, si ha fallecido alguno de los contrayentes antes de la declaración de nulidad del matrimonio y se ha abierto su sucesión ejecutándose la partición conjunta, los efectos de la misma se conservarán para los hijos. Y de otro, cabe apuntar que éstos serán, en todo caso, herederos legitimarios de sus padres, al no afectar la nulidad de la relación jurídica matrimonial al status de hijo que se deriva de la relación jurídica paterno-filial. De acuerdo con ello, si les sobreviven, en todo caso tendrán derecho a parte de su herencia a salvo los supuestos de desheredación (cfr. arts. 806 y 848 y ss. Cc.)⁴⁷¹. Ello es así por cuanto que, junto con que para los hijos se conservan los efectos producidos con anterioridad a la declaración de nulidad (cfr. art. 79 Cc.), al continuar conservando éstos su status de hijos en el futuro, se seguirán beneficiando de los efectos de dicha condición.

Expuesto lo que antecede y para terminar el presente epígrafe, es necesario precisar que estas partijas en que determinadas personas conservan su derecho a pesar de la declaración de nulidad del matrimonio, pueden tener una eficacia diferida. O dicho en otros términos: para que se conserven los derechos de las personas a que se refiere el artículo 79 Cc. no resulta imprescindible que, de hecho, la partición se haya ejecutado. Y es que, cuando la partija es realizada por el testador o testadores, los bienes pasan directamente a los que tienen derecho a ellos desde el momento del fallecimiento y de la aceptación de la herencia, a diferencia de lo que sucede en el resto de las particiones (arg. *ex* art. 1.068 Cc.). Por ello, aunque la partición efectuada por el testador o testadores al amparo de los artículos 157 y ss. de la LDCG. se ejecute en un

⁴⁷¹ A estos efectos escribe ESPÍN que “la eficacia del matrimonio respecto de los hijos parece quedar reducida a los efectos *ya producidos* en una mera interpretación literal, que hay que corregir extensivamente al continuar produciendo eficacia en su favor hacia el futuro, como dispone en las normas reguladoras de los efectos de las sentencias de nulidad que ésta no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92.1 Cc.)” (*Manual de Derecho civil español*, tomo IV, 8ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 102).

momento posterior al de la declaración de nulidad, los adjudicatarios de los bienes conservarán su derecho a ellos⁴⁷². De este modo, el derecho a los bienes puede entenderse integrado dentro de los “*efectos ya producidos*” aun cuando no se haya ejecutado la partija.

2.4 La vecindad civil gallega

Tras el examen del requisito del matrimonio, a continuación analizaremos otro de los requisitos que la Ley de Derecho Civil de Galicia exige a fin de que se pueda llevar a cabo la partija conjunta: la vecindad civil gallega. Según hemos avanzado páginas atrás, la exigencia de que los cónyuges que desean realizar la partija conjunta tengan dicha vecindad civil resulta de todo punto necesaria, aun cuando dicho requisito no se establezca expresamente en el artículo 157.2 de la LDCG., en el que, como sabemos, se regula esta modalidad de partija por testador. Tal exigencia se deduce, en cambio, a la vista del texto del artículo 5 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, ya transcrito, –y, de un modo específico, por lo que se refiere al testamento mancomunado, del artículo 137 LDCG.: “*los cónyuges gallegos podrán...*”⁴⁷³. De él se concluye que, en caso de no tener la indicada vecindad civil, ninguno de los cónyuges estará sujeto a la LDCG. (cfr. art. 5), y, por tanto, ninguno podrá realizar la partija conjunta que regula esta Ley⁴⁷⁴.

Sentadas estas bases, y en lo que atañe a la partija conjunta, se pueden originar algunos problemas relacionados con la determinación de las leyes

⁴⁷² Cfr. SANCHO, “Comentarios al artículo 69 Cc.”, cit, p. 192.

⁴⁷³ En relación con las críticas que ha suscitado la parte final de este precepto –“*aun fuera de Galicia*”–, vid., por todos, LETE DEL RÍO, “Comentarios al artículo 137 LDCG.”, cit., pp. 1032 a 1037, y LÓPEZ SUÁREZ, *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 269 a 272.

⁴⁷⁴ De otra parte, recuérdese que en ninguna de las legislaciones civiles existentes en nuestro país se contempla expresamente la partija conjunta, aunque como hemos dicho, puede entenderse permitida en algún caso, al no estar expresamente prohibida ni contravenir ningún precepto.

aplicables a la misma cuando uno de los cónyuges cambia de vecindad civil; no así cuando ambos cónyuges conserven durante toda su vida la misma vecindad civil –en nuestro caso, la gallega–. Problemas que, como es conocido, se resuelven siguiendo lo establecido en los artículos 7 y siguientes del Código civil dedicados a las normas de Derecho interregional y de Derecho internacional privado.

En el citado contexto, el artículo 9.8 del Código civil regulador de la sucesión por causa de muerte, establece, entre otras cosas, que “*las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión*”⁴⁷⁵. Pues bien, a lo que creemos, el texto transcrito permite entender que si dos cónyuges con vecindad civil gallega realizan una partija conjunta en un testamento mancomunado o fuera de él y, posteriormente, uno o ambos cónyuges cambian su vecindad civil por otra que no admita la partición conjunta, tal partición continúa siendo eficaz (arg. ex art. 9.8 Cc.). Lo anterior encuentra su fundamento en el principio de accesoriedad y en el de “*quien puede lo más puede lo menos*”.

Por lo que se refiere al primero de tales principios, hemos de apuntar que en los casos mencionados, en sintonía con lo dispuesto por el artículo 9.8 Cc. –“*las disposiciones hechas en testamento (..) conforme a la ley nacional del testador (..) en el momento de su otorgamiento conservarán su validez*”– el testamento conservará su validez. Y ello, al margen de que sea otra la ley que rija la sucesión que, conforme dispone el citado precepto, será la ley nacional del testador en el momento del fallecimiento. Y si ello es así, es decir, si el negocio principal –el testamento mancomunado o los dos testamentos individuales en los que se contiene el acto dispositivo– conserva su validez,

⁴⁷⁵ Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 9.8 Cc., en la doctrina civil gallega, MARTÍNEZ GARCÍA defiende la subsistencia de un testamento mancomunado realizado por dos cónyuges ex art. 137 y ss. LDCG. si posteriormente uno de ellos adquiere una vecindad civil diferente que proscriba dicho testamento (“Comentarios al artículo 137 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 126-129).

igual suerte habrá de correr el accesorio: la partija, cuya función típica no es otra sino determinar lo dispuesto, en nuestro caso, en el testamento o testamentos. Junto con el principio de accesoriedad, el principio de “*quien puede lo más puede lo menos*” también fundamenta la solución apuntada. En efecto, si, conforme a lo establecido por el artículo 9.8 Cc., se admite que conserve su validez *lo más* –la disposición testamentaria– habrá de admitirse también que conserve su validez *lo menos*: la atribución particional conforme a tal disposición.

Expuesta la interpretación que, a nuestro modo de ver, se ha de dar a lo establecido por el artículo 9.8 Cc., conforme a la cual, la partija conjunta –realizada en testamento o fuera de él (cfr. arts. 157 y 158 LDCG.)– conserva su validez a pesar de que uno o ambos cónyuges cambien de vecindad civil por otra que no admita dicha figura, es conveniente indicar que cabría otorgarle al texto del citado precepto otra interpretación que, por lo que se dirá, no creemos adecuada. Esta interpretación estriba en admitir que si la partición conjunta está realizada en un testamento mancomunado conservará su validez, no así si es efectuada fuera de dicho testamento, ya traiga causa de uno mancomunado o de dos testamentos individuales. La argumentación en que se apoya esta interpretación consiste en entender que únicamente la partición conjunta realizada en testamento mancomunado podría incluirse entre “*las disposiciones hechas en testamento*” que conforme al artículo 9.8 Cc. conservan su validez. En coherencia con dicho argumento, en caso de que alguno de los dos cónyuges que efectuaron una partija conjunta fuera de testamento haya perdido la vecindad civil gallega adquiriendo otra donde no se permite dicha partición, no podría mantenerse la eficacia de la misma. Y ello, porque, al no poderse incluir la partija conjunta realizada al margen de un documento testamentario entre las “*disposiciones hechas en testamento*”, y al no constituir, de por sí, un pacto sucesorio que, de acuerdo con el artículo 9.8 Cc. conserva la validez, la partición deberá realizarse según la ley que rija la sucesión. Entonces, si ésta no permite la partición conjunta, la partición realizada con anterioridad carece de validez.

Como hemos avanzado, la referida interpretación, que establece diferentes soluciones para los supuestos en que la partición está contenida en un

testamento o fuera de él, no resulta adecuada. Y ello por dos motivos. Por un lado, porque, en nuestra opinión, el legislador al redactar el artículo 9.8 Cc. no pensaba específicamente en admitir la validez de la partición contenida en un testamento y en negarla si aquella estaba realizada fuera de testamento. Ello parece que es así, por cuanto que, no siendo la atribución particional una “disposición *hecha en testamento*” en sentido estricto (cfr. art. 9.8 Cc.), a nuestro entender, a lo que se está refiriendo el citado precepto es a lo que constituye el contenido propio del testamento: la disposición de los bienes por un causante para después de su muerte (cfr. art. 667 Cc.).

Y por otro lado, porque siendo la partición contenida en un testamento y la realizada fuera de él dos actos sustancialmente idénticos cuya diferencia estriba únicamente en el vehículo formal en que se contiene, la solución referente a la validez o no de la partición deberá ser la misma en ambos casos: o se admite en los dos o se niega en ambos.

En nuestra opinión, la interpretación más conveniente es la ya expuesta: admitir que la partición conjunta, tanto la que se realiza en un testamento como la que se contiene en un documento no testamentario, ha de conservar su validez cuando uno de los cónyuges –o ambos– adquieran una vecindad civil en la que no se admita dicha partición.

Así pues, y a modo de recapitulación de lo hasta ahora explicado, conviene apuntar que se ha de entender que el artículo 9.8 Cc. establece una misma solución para ambos casos: la validez de la partición, ya esté contenida en un testamento, o, trayendo causa de él, se contenga en un documento no testamentario. Y ello, con fundamento en el texto del precepto a que nos referimos y en los principios anteriormente citados: el de accesoriadad y el de “*quien puede lo más puede lo menos*”.

En otro orden de cosas, y para concluir, se ha de indicar también que el inciso del artículo 9.8 del Código civil referente a las legítimas puede originar problemas en relación con la partición conjunta⁴⁷⁶. El referido precepto, tras

⁴⁷⁶ En concreto, y como apunta LÓPEZ SUÁREZ, la medida que el artículo 9.8 Cc. establece respecto de las legítimas no resulta satisfactoria en relación con la posibilidad del pago de la

reconocer la validez de las disposiciones hechas en testamento realizadas conforme a la ley nacional del testador en el momento del otorgamiento, aun cuando sea otra la ley que rija la sucesión, establece que “*las legítimas se ajustarán, en su caso a esta última*”: la ley que rija la sucesión. Así, si la ley que rige la sucesión y la ley nacional del testador conforme a la que se hizo la partija difieren en cuanto a la legítima, aquélla puede verse afectada. Ello es debido al carácter accesorio de la misma respecto del acto dispositivo testamentario: si la variación de los criterios de institución de las legítimas afecta a las cláusulas dispositivas testamentarias, también habrán de repercutir en la partición⁴⁷⁷.

III. OTROS POSIBLES INTERVINIENTES EN LA PARTIJA CONJUNTA

3.1 Preliminar

Una vez examinados los requisitos que la Ley de Derecho Civil de Galicia exige a los testadores que desean efectuar una partija conjunta –capacidad para testar, vínculo matrimonial y vecindad civil gallega– es preciso detenerse a estudiar la posibilidad de que en dicha partija puedan intervenir otras personas, lo que constituye el objeto de estudio de los siguientes epígrafes. Antes de efectuar dicho análisis, cabe resaltar que, de un primer examen de los artículos donde se regula este tipo de partija (cfr. arts. 157 LDCG. y

misma con bienes del cónyuge del causante *ex art. 158.2 LDCG*. Vid., al respecto, “El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil” en VVAA., *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Bilbao, 1999, pp. 458 y 459.

⁴⁷⁷ Vistas las situaciones a que da lugar la distinta vecindad civil de los cónyuges en relación con las partijas, hay que precisar que el mayor inconveniente que ordinariamente existe en los testadores es que desconocen su vecindad civil, y, por ello, no son conscientes de las leyes aplicables a los actos que han otorgado. Por esta razón, como ha puesto de relieve MARTÍNEZ GARCÍA (“Comentarios al artículo 137 LDCG.”, cit., p. 128) es muy recomendable que cuando los testadores otorguen un testamento notarial le comuniquen al Notario su vecindad civil –en el caso de que la conozcan– o los instrumentos que han otorgado anteriormente para solventar los problemas que se puedan originar.

concordantes), se deduce que la presencia de los testadores es de todo punto necesaria. Como trataremos de justificar, los testadores son quienes dan sentido a esta especialidad particional, erigiéndose, además, en los únicos elementos personales imprescindibles.

Siendo ello así, los otros posibles intervinientes en la partija conjunta realizada por los testadores son los propios coherederos. Así pues, teniendo en cuenta lo que se ha señalado en la doctrina y la jurisprudencia, estudiaremos si éstos pueden participar en la realización de la partija junto con los testadores y en qué concepto.

Tras ello, nos detendremos a dilucidar si en la partición conjunta puede intervenir en sustitución de un testador –o de ambos, si ello es posible–, un tercero –como decimos, el tercero actuaría, a diferencia de lo que sucede en el caso de los coherederos, en sustitución del testador o testadores y no junto con ellos–. De ser posible su intervención, veremos si la partija que efectúa se puede calificar como partija conjunta, o, si, por el contrario, se trata de una figura diferente; calificación que resulta de gran trascendencia, ya que si cabe identificar la partición en la que interviene un tercero en sustitución de los testadores con la conjunta, a aquélla le sería aplicable el régimen de ésta; entre otras cosas, lo establecido respecto de la lesión (cfr. arts. 157.3, 158 LDCG. y art. 1.075 Cc.) o el régimen de evicción (cfr. art. 1.070.1 Cc.).

Pues bien, centrado ya el objeto de estudio de los siguientes epígrafes, veamos separadamente cada uno de los supuestos a que nos hemos referido: la posible intervención de los coherederos y de un tercero.

3.2 Posibilidad de intervención de los coherederos

3.2.1 Ideas previas

Antes de examinar la cuestión que intitula el presente epígrafe, así como los pronunciamientos jurisprudenciales a que ha dado lugar –como veremos, tales pronunciamientos se refieren a la partición por testador efectuada de modo individual con arreglo al Código civil, aunque en buena medida son

aplicables a la partija conjunta–, a efectos de enmarcar mejor dicho análisis resulta oportuno recordar algunas de las notas que singularizan a la partición conjunta en la LDCG.: la pluripersonalidad y la unilateralidad o bilateralidad de la misma.

En efecto, como resulta evidente, la partición conjunta goza de la característica de la pluripersonalidad. La Ley de Derecho Civil de Galicia, al admitir en el artículo 157.2 que la partija sea conjunta –“*los cónyuges pueden partir conjuntamente en un solo documento, aunque testasen por separado*”–, excluye la nota de la unipersonalidad.

Por otra parte, en lo que atañe a la unilateralidad o bilateralidad de la partición, no encontramos ningún precepto en la LDCG. donde se haga referencia alguna a ella. Con todo, como sabemos, la partición conjunta es un negocio que puede ser unilateral o bilateral. Calificación que, como se recordará, depende de si la partición conjunta tiene objeto unitario u objeto separado y de si existen o no cláusulas correspectivas en la partición, con independencia de que la misma se realice en el marco de un testamento o fuera de él (cfr. art. 157.2 LDCG.). En efecto, si la partición es unitaria –hay conjuntividad en el objeto: se hace un *unum* con los bienes de los cónyuges– y no correspectiva –no existen cláusulas cuya eficacia esté condicionada al mantenimiento de las establecidas por el otro otorgante–, parece que ambos cónyuges parten *ex uno latere*: desde una misma parte y de común acuerdo para la determinación de los bienes que corresponden a los herederos. La partición entonces será unilateral. Sin embargo, en los casos en que la partición conjunta tenga objeto separado –o siendo unitaria tenga cláusulas cuya eficacia esté recíprocamente condicionada al mantenimiento de las efectuadas por la otra parte– será bilateral⁴⁷⁸; es decir, existirán varias voluntades distintas –en este caso dos– en dicho acto.

⁴⁷⁸ En el ámbito del Código civil no ha habido pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales al respecto debido a la ya conocida ausencia de regulación de la partición conjunta. Así las cosas, conviene anotar que, en relación con la partición por testador realizada de modo individual *ex art. 1.056 Cc.*, constituye un criterio unánime la consideración de que la efectuada por “*última voluntad*”, esto es, en testamento, es unilateral (arg. *ex art. 670 Cc., a sensu contrario*). No existe, en cambio, tal unanimidad respecto de la otra modalidad a que se refiere el artículo 1.056 Cc.: partición “*por acto entre vivos*”. Su

Así pues, sentadas las anteriores premisas, sobre ellas cuestionaremos la posibilidad de que los coherederos intervengan en la partición conjunta. Y lo haremos bajo dos prismas: por un lado, trataremos de dilucidar si los coherederos pueden participar en dicha partición; y por otro, de ser posible, analizaremos si éstos intervienen en concepto de parte. Como parece lógico, si pueden intervenir en concepto de parte, en los casos en que la partición conjunta sea un acto unilateral –partición unitaria y no correspectiva– pasará a ser un acto bilateral, y cuando revista los tintes de bilateralidad a que nos hemos referido –partición unitaria correspectiva o partición con objeto separado, correspectiva o no– se convertirá en un negocio plurilateral. Si, por el contrario, pudiendo intervenir los herederos no lo hacen en concepto de parte, su participación respetará la referida unilateralidad o bilateralidad de la partición conjunta⁴⁷⁹. Como se puede deducir con facilidad, en cada uno de estos casos, el papel de los coherederos tendrá distinto alcance y trascendencia.

Para facilitar el indicado estudio realizaremos una división entre las dos modalidades de partición conjunta que se recogen en el artículo 157 LDCG.: partición contenida en testamento y partición realizada fuera de testamento.

unilateralidad o bilateralidad se hace depender de la inteligencia que se le dé a los términos del artículo 1.056 Cc. (cfr. epígrafe 5.3 del capítulo segundo). Siendo ello así, en este trabajo venimos asumiendo la opinión doctrinal mayoritaria: tal modalidad de partición constituye un negocio jurídico distributivo realizado por el testador fuera de testamento pero trayendo causa de un acto dispositivo testamentario, por lo que se configura como un negocio unilateral (vid., por todos, LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., pp. 133 y 134). En efecto, como indica ALBALADEJO (“Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., p. 923), parece que en el artículo 1.056 del Código se intentó dejar una cosa bien clara: que *sólo* el testador puede partir. Teniendo en cuenta los términos que se utilizan en el citado precepto, parece difícil entender otra cosa distinta.

⁴⁷⁹ En relación con la partición por testador regulada en el Código civil –afirmación trasvasable a la regulada en la LDCG.– DE LA CÁMARA opina que “la partición a que se refiere el artículo 1.056 exige *siempre* la existencia de un testamento (..) Ni siquiera la intervención de los herederos en esa partición *entre vivos* cambia la naturaleza del acto ni afecta a su revocabilidad” (*Compendio de Derecho sucesorio*, cit., p. 419).

3.2.2 Posibilidad de intervención de los coherederos en la partición conjunta realizada en un testamento mancomunado

Como es conocido, la partija testamentaria conjunta necesariamente se habrá de contener en un testamento mancomunado, regulado en la Ley de Derecho Civil de Galicia en los artículos 137 y siguientes, ya que no parece viable incluir una partición que no goza de la característica de la unipersonalidad en el marco de un testamento individual.

Siendo ello así, el primero de los referidos artículos dispone que: “*los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aún fuera de Galicia*” (art. 137 LDCG.). A la vista del precepto transcrito, cabe deducir que las variadas posibilidades de testar de forma mancomunada teóricamente admisibles –dos o más causantes, sean o no cónyuges, con unidad de acto y otorgamiento– han sido limitadas de forma clara por la LDCG. a los cónyuges. De lo que se colige que las únicas personas a las que se faculta para otorgar este tipo de testamento, y, por tanto, los únicos que pueden realizar entonces la partición testamentaria conjunta son los cónyuges (cfr. arts. 137 y 157.2 LDCG.). Ello significa, en lo que ahora importa, que los cónyuges otorgantes del testamento mancomunado son los únicos intervinientes, debiéndose limitar, entonces, la posible participación de los herederos en la partija testamentaria conjunta a las meras consultas previas que carecen de relevancia jurídica para los testadores.

En suma, de lo anterior se concluye que los herederos no pueden intervenir en las partijas testamentarias conjuntas, limitándose su participación externa a la consulta y consejo en los casos en que los testadores así lo requieran, sin que exista, además, obligación de atender a tales opiniones por parte de los testadores: éstos tienen libertad para disponer y partir del modo que estimen conveniente⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ De las distintas formas de testar recogidas por el artículo 136 LDCG., y en vista de que ya nos hemos referido en el texto al testamento mancomunado y de que el análisis del llamado “*testamento por comisario*” excede del objeto de estudio del presente trabajo, cabe hacer ahora alguna consideración respecto del testamento individual. En tal sentido, de las

3.2.3 Posibilidad de intervención de los coherederos en la partición conjunta realizada fuera de testamento

Visto que la posible participación de los herederos en una partición conjunta testamentaria es meramente externa –existe una imposibilidad formal de intervención en el testamento ya que los cónyuges son los únicos que lo pueden otorgar (cfr. art. 137 LDCG.)–, nos compete ahora examinar si los herederos pueden intervenir en las particiones conjuntas efectuadas por los cónyuges testadores en un documento no testamentario.

A efectos de poder resolver esta cuestión, resulta útil acudir a la consecuencia jurídica que, para la partición por testador, establece el Código civil. Como es conocido, el artículo 1.056 de dicho Cuerpo legal atribuye una eficacia determinada a tal tipo de partición, estableciendo que “*se pasará por ella...*”.

Así las cosas, y en atención al carácter supletorio del Código civil respecto de la Ley de Derecho Civil de Galicia (cfr. art. 3 LDCG.), cabe enlazar la consecuencia jurídica de “pasar por ella” *ex* artículo 1.056 Cc. a las dos modalidades de partición conjunta que recoge el artículo 157 de la LDCG.: “*en el propio testamento o en otro documento*”. Siendo ello así, el examen de los términos del citado precepto permite colegir que ambos supuestos de hecho –partición realizada “*en el propio testamento o en otro documento*”

notas características del testamento individual en la LDCG. –en principio, las mismas que las que configuran el testamento en el Código civil (arg. *ex* art. 3 LDCG.)– se infiere, en lo que ahora interesa, la imposibilidad de que, al margen del testador, puedan intervenir en el testamento otras personas con la misma relevancia jurídica que el causante. Así, la posible intervención de los herederos en una partición contenida en un testamento individual –partición que, obviamente, no podrá ser conjunta– se limitará, al igual que hemos visto que sucedía con la partija conjunta testamentaria, a un estadio anterior a su otorgamiento: los herederos podrán ser oídos, si así lo solicita el testador, y su consejo, en los supuestos en que se solicite, no tiene relevancia jurídica alguna para éste. En efecto, éste puede, a su voluntad, consultar o no a los herederos sobre el modo de hacer la partición y atender o no a lo manifestado por ellos.

(art. 157 LDCG.)– están regulados en un mismo plano, ya que no se lleva a cabo ninguna distinción en cuanto a sus efectos⁴⁸¹. Entonces, si la ley no distingue *nec nos non distinguere habemus*, de modo que no se ha de hacer diferenciación alguna en cuanto a los efectos de las dos modalidades de efectuar la partición conjunta⁴⁸².

Por ello, si para el supuesto de una partición conjunta realizada en un documento testamentario, en la que, según se ha visto, no cabe la intervención de los terceros en concepto de parte, se establece el efecto de pasarse por ella, para el otro supuesto, para el que no se señala especialidad alguna, también se habrá de producir el mismo efecto: “*se pasará por ella*”⁴⁸³. Pues bien, si dicho efecto se produce en todo caso, es decir, tanto si intervienen los herederos como si no, se puede concluir que la intervención de aquellos resulta supérflua⁴⁸⁴; conclusión que viene confirmada por el hecho de que nada se establece al respecto por el citado precepto.

⁴⁸¹ En esta materia, pero respecto del artículo 1.056 del Código civil, vid. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, “Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 418. El citado autor toma el esquema de la norma jurídica de DE CASTRO (*Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 45 y ss., especialmente las pp. 49 y 50) y de DíEZ-PICAZO (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 56 y ss., especialmente las pp. 56-60).

⁴⁸² Respecto del Código civil, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., pp. 498 y 499), con una opinión muy particular, considera que en el artículo 1.056 Cc. se recoge una alternativa entre dos figuras diferentes en cuanto a la forma, naturaleza y efectos: un contrato particional del testador con los herederos –partición “*por acto entre vivos*”– (vid. el epígrafe 5.3.3 del capítulo segundo) y una partición unilateral –partición “*por última voluntad*”–.

⁴⁸³ Igual razonamiento cabe esgrimir en relación con la partición individual, ya sea de la LDCG. o del Código civil, puesto que ninguno de tales cuerpos legales establece al respecto especialidad o diferenciación alguna.

⁴⁸⁴ En el artículo 1.056 Cc. únicamente se señala como límite a la eficacia de la partición el perjuicio de legítimas, y no la intervención o no de los herederos en la misma, lo que permite deducir la conclusión expuesta en el texto. Siendo ello así, y como veremos en el capítulo séptimo, el perjuicio de legítimas tiene una regulación específica en la LDCG. (cfr. art. 158).

A esta misma conclusión, pero con referencia a la partición realizada por un testador de modo individual fuera de testamento, llegó el Tribunal Supremo en la Memoria de 1904 en la que advirtió que “particiones así realizadas –las realizadas por el testador en vida– revisten entre éstos (los interesados) un carácter obligatorio, lo mismo si han sido hechas por la sola iniciativa del dueño de los bienes, que con la concurrencia de alguno o algunos de los interesados, que es el caso único a que puede referirse el párrafo 2º del artículo 1.271”⁴⁸⁵. Si el efecto –“*se pasará por ella*”– se produce con o sin la intervención de los herederos, que, como declara el Tribunal no ha de ser plena –“alguno o algunos”–, cabe afirmar que la intervención de éstos no resulta necesaria. Dicho de otro modo: al igual que sucedía en la partición testamentaria, los herederos no intervienen en concepto de parte en la partición efectuada fuera de testamento.

De todas formas, el hecho de que los herederos no puedan participar en tal concepto en la partición conjunta efectuada fuera de testamento no significa que no tengan ningún tipo de intervención. Como veremos a continuación, es posible que los herederos intervengan al objeto de prestar su asentimiento a la partición realizada por los testadores, aun cuando dicho asentimiento no resulte en absoluto vinculante para aquellos. Criterio que ha venido manteniendo la jurisprudencia y la DGRN. desde tiempo atrás con respecto a la regulación de la partición individual del Código civil, y que resulta perfectamente aplicable a la partición individual y conjunta contenida en la LDCG.

⁴⁸⁵ En otro momento, la Memoria del Tribunal Supremo de 1904 reconoce que “el testador (..) puede hacer la partición (..) por acto entre vivos (..) por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos con o sin la intervención de las personas llamadas al disfrute de los bienes...”

3.2.4 El criterio jurisprudencial

La Dirección General de los Registros y el Notariado, ya desde un pronunciamiento de 22 de enero de 1898 (JC. tomo LXXXIII nº 36), ha venido reconociendo que no resulta necesario contar con el consentimiento de los herederos para que una partición realizada por un testador de modo individual sea válida. En este sentido, en la citada resolución señaló que la partición realizada únicamente por el testador constituye un acto válido y que su “validez estriba en las citadas disposiciones legales que lo autorizan, y no en el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella”⁴⁸⁶. A lo que creemos, tales afirmaciones son aplicables a la partición conjunta.

Por otro lado, en lo que a la jurisprudencia se refiere, el criterio que sobre este extremo se ha venido manteniendo por el Tribunal Supremo corrobora el de la DGRN. y el de la doctrina mayoritaria: la partición realizada individualmente por el testador, ya sea en un testamento o fuera de testamento, es unilateral y exclusiva del testador –afirmación aplicable al artículo 157 LDCG.–. En este sentido, en la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272) en que se enjuiciaba la validez de una partición realizada al margen del documento testamentario, el Tribunal Supremo reconoció como necesaria la intervención del testador –que es quien parte– admitiendo que los coherederos pudieran asistir a la partición para prestar su conformidad, sin que su voluntad fuese vinculante para el testador. Así, en su considerando tercero, el Tribunal Supremo declara que el documento objeto del pleito constituía “un acto de partición anticipada de los bienes del padre en que la concurrencia de los hijos no tiene más trascendencia que la de prestar al mismo su asentimiento moral”⁴⁸⁷. Criterio que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo en sentencias posteriores y en el que se ha apoyado al

⁴⁸⁶ Resolución de 22 de enero de 1898 (JC. tomo LXXXIII nº 36).

⁴⁸⁷ Sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272).

precisar que la partición del artículo 1.056 Cc. no tiene contenido contractual sino que es un acto unilateral⁴⁸⁸.

3.2.5 El papel de los coherederos en la partición: opinión personal

Lo que llevamos expuesto, permite, de entrada, reconocer que quienes realizan la partición por testador de modo conjunto son los mismos cónyuges testadores. En tal sentido, el hecho de que en ninguno de los preceptos de la Ley de Derecho Civil de Galicia y del Código civil (cfr. art. 3 LDCG.) en que se contiene el régimen de la partición por testador –individual o conjunta– se cite a los herederos, permite colegir que éstos no constituyen elementos esenciales de la partición: si fuesen imprescindibles sería lógico que se les mencionase en el articulado⁴⁸⁹. Por tanto, primera conclusión: en la partición conjunta los únicos elementos personales necesarios son los cónyuges testadores –el testador, si la partija es realizada de modo individual–, lo que no impide que los herederos tengan cierta participación en la misma.

La intervención de los herederos en la partición conjunta testamentaria tiene, como sabemos, carácter externo y se limita a dar su opinión en las consultas previas; y en la partición que los testadores efectúan fuera de testamento a prestar su asentimiento⁴⁹⁰. En efecto, por lo que a esta última

⁴⁸⁸ La ausencia de carácter contractual de la partición realizada fuera de testamento, ya señalada en el capítulo segundo del presente trabajo, se recoge también en la sentencia de 28 de mayo de 1965 (RJA. nº 3.086), que repite esencialmente la doctrina contenida en la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272). Por otro lado, cabe indicar que en el texto se recoge el criterio del Tribunal Supremo sobre el carácter unilateral de la partición individual y no se hace referencia alguna a la unilateralidad o bilateralidad de la partición conjunta, pues en pocas ocasiones se ha pronunciado dicho tribunal sobre ella, al no estar regulada en el Código civil.

⁴⁸⁹ Cfr. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, “Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 429.

⁴⁹⁰ VALLET, con referencia a la partición del Código civil, afirma que “el sujeto activo de esta norma –el artículo 1.056 Cc.– es el testador-partidor, y sus sujetos pasivos son los herederos entre quienes reparte la herencia, sin perjuicio de que éstos puedan intervenir en el repartido si es efectuado por *acto entre vivos*” incluso firmando dicha distribución –

modalidad de partición se refiere, al no ser los herederos elementos esenciales de la partición, su intervención –que no tiene carácter necesario– no goza de relevancia jurídica mayor que la de prestar su asentimiento. La participación de los herederos se limita entonces a la asistencia al acto particional, aun cuando su presencia no añada nada a éste⁴⁹¹: pueden participar en el acto y asentir lo realizado por los testadores aun cuando sus opiniones no sean vinculantes para ellos⁴⁹². En vista de lo cual se puede señalar como segunda conclusión, que la posible intervención de los coherederos en la partición conjunta realizada fuera de testamento no es en concepto de parte –lo mismo sucede, como hemos visto, respecto de la partija testamentaria–. Por tanto, la partija conjunta no verá alterada su naturaleza convirtiéndose en un acto bilateral o plurilateral, según los casos, en el que junto con los testadores haya otros intervinientes. Y así, los testadores pueden modificar en cualquier momento y de forma autónoma la distribución particional realizada; o también pueden alterar el acto dispositivo testamentario sin necesidad de que exista justificación objetiva alguna: su libertad no se ve limitada por la conformidad otorgada por los coherederos.

Con todo, el asentimiento prestado por los herederos a una partición realizada por los testadores fuera de testamento puede garantizar en cierta medida la correcta ejecución de la misma. En efecto, el hecho de que los

afirmación aplicable a la partija conjunta regulada por la LDCG.–. Con todo, sigue diciendo el citado autor, “la firma de éstos en nada afecta la libre revocabilidad por el testador de la partición amparada en el artículo 1.056” (“Comentarios al artículo 1.056 Cc.”, cit., pp. 129, 131 y 142). En otro orden de cosas, parece que antes de la promulgación del Código civil en 1889 sí se exigía, en algún caso, el consentimiento de los herederos para realizar la partición por testador. Cfr. la resolución de 22 de enero de 1898 de la DGRN. (JC. tomo LXXXIII nº 36).

⁴⁹¹ Como resalta DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO “la fuerza de la partición no dimana de la intervención de los herederos, sino que se la confiere el artículo 1.056 Cc. tanto si los herederos intervienen como si no” (“Observaciones sobre la eficacia transmisiva...”, cit., p. 427). Vid., en sentido parecido, BONET, “Comentario a la sentencia de 6 de marzo de 1945”, *RDP.*, tomo XXIX, nº 340-341, julio-agosto, 1945, p. 451.

⁴⁹² Cfr. sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272) y ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cit., pp. 331, 336 y 339.

herederos hayan prestado su asentimiento a tal partición puede constituir una garantía más que facilite que dicha partición cumpla su finalidad propia, aun cuando no se asegure de modo pleno la ausencia de conflictos después de la muerte de los testadores. Esto último por cuanto que si, como se ha expuesto, el asentimiento prestado por los herederos a la partición no es vinculante para los testadores, no lo ha de ser a ningún efecto. De esta forma, el asentimiento ni modifica la naturaleza del acto ni implica un compromiso de cumplimiento exacto de la partición y de inexistencia de conflictos después del fallecimiento de los testadores⁴⁹³.

Recapitulando lo expuesto, podemos terminar este epígrafe afirmando que en la partición conjunta los únicos elementos esenciales son los cónyuges testadores, aun cuando los herederos puedan tener cierta intervención en ella. Esta intervención, al no ser en concepto de parte, no modifica la naturaleza del acto particional efectuado por aquellos: en la partición testamentaria su participación es meramente externa y se limita a dar su consejo cuando los testadores lo soliciten, y en la partición realizada fuera de testamento a prestar su asentimiento; asentimiento que no resulta vinculante para los testadores pero que puede servir como garantía de una correcta ejecución de la partición tras el fallecimiento de aquellos.

⁴⁹³ Así, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ señala –aunque como argumento a favor del carácter contractual de la partición, al entender que no se da este supuesto en el Derecho español– que “cabría pensar en la admisibilidad de una partición en que intervinieran los herederos, pero sólo a efectos de prestar su asentimiento moral. (...) este tipo de intervención no basta para modificar la naturaleza jurídica de un acto. Ante la ley esta partición sería tan unilateral y tan sustancialmente testamentaria como la practicada por el testador por sí solo, y cabría oponerle las mismas objeciones que a ésta” (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., p. 533). El Tribunal Supremo ha corroborado esta doctrina –en un sentido opuesto al que le otorga el citado autor–, pues en la Memoria del año 1904 ya reconocía que “la circunstancia de que en aquella –partición por testador– se haga intervenir a los herederos no puede modificar en lo más mínimo las condiciones esenciales de las mismas”.

3.3 Sobre la posible intervención de un tercero en la partición

Así configurada la posible intervención de los herederos en la partición conjunta, a continuación examinaremos si la partija por testador efectuada de modo conjunto por los cónyuges debe ser realizada necesariamente por éstos, o si un tercero puede, en representación de alguno de ellos o de ambos, realizar la partición siguiendo sus indicaciones, en el caso de que existan.

Centrado el objeto de análisis del presente epígrafe, de entrada cabe recordar que, en Derecho sucesorio, la regla general en lo que a la representación se refiere, es su inadmisibilidad. De acuerdo con ello, la mayoría de los actos y negocios jurídicos *mortis causa* del Derecho sucesorio son personalísimos (cfr., *ad ex.*, art. 670 Cc.). Sin embargo, lo anterior no constituye obstáculo para reconocer que, como han puesto de relieve LACRUZ y SANCHO, una vez abierta la sucesión se pueda acudir en algunos casos al mecanismo de la representación en los actos y negocios jurídicos que efectúen tanto el heredero o los legatarios –si existen– como cualquier otro interesado⁴⁹⁴.

Siendo ello así, y dado que ni en la Ley de Derecho Civil de Galicia ni en el Código civil se especifica expresamente lo contrario, la citada regla parece que impide, en principio, que la partición por testador efectuada de modo conjunto se realice por medio de representante –razonamiento aplicable a la partición individual–. Tal aserto se puede justificar además con otros argumentos.

La partición conjunta efectuada por los cónyuges testadores, como su propio nombre indica, es la realizada por aquellos y no por un tercero. La especialidad particional a que nos referimos tiene sentido si es realizada por las personas a las que la LDCG. les concede tal facultad; es decir: el régimen jurídico especial de la partición conjunta es tal en tanto sea realizada por las personas a quienes la ley habilita para efectuarla, esto es, los cónyuges testadores –las personas que disponen son las mismas que parten–. Así pues,

⁴⁹⁴ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, vol. III, cit., p. 277.

por ejemplo, en este tipo de partición se minimiza la posibilidad de que exista rescisión por causa de lesión (cfr. art. 158.1 LDCG. y art. 1.075 Cc.) en atención a que son los testadores quienes efectúan la partición de la herencia – como hemos apuntado anteriormente, los testadores son quienes mejor conocen las aptitudes y las necesidades de las personas a quienes instituyen como herederos–. La aplicación de este régimen jurídico especial, dictado en atención de los testadores, perdería su sentido si hubiese de referirse a un tercero. Buena prueba de ello es que cuando la LDCG. o el Código civil regulan la partición que puede efectuar un contador-partidor nombrado por el causante una vez fallecido aquél –es distinta la persona que dispone y la que parte– no le aplica el régimen especial de la partición llevada a cabo por los testadores.

De lo anterior se concluye que la partición conjunta es un acto personalísimo de los testadores durante su vida. Con todo, se ha de precisar que el carácter personalísimo de este tipo de partición es una característica de esta especialidad particional y no de la partición en general. En otros términos: el citado carácter se deriva de la peculiaridad de que aquélla es realizada por los testadores y no de la naturaleza propia de la partición. Y es que, como se puede deducir, no es la partición en sí misma la que debe ser un acto personalísimo de los causantes en todo caso, pues de otro modo no sería posible concebir las otras modalidades de partición que se regulan tanto en la LDCG. como en el Código civil. En efecto, de acuerdo con ello y con la regla general anteriormente citada, mientras que durante la vida del testador o testadores la partición es un acto personalísimo de éstos, una vez abierta la sucesión la partición puede ser realizada por personas distintas de ellos. Así, tanto la LDCG. como el Código civil admiten la partición por contador-partidor (cfr. arts. 159 y 1.057, respectivamente) y la partición por los coherederos (cfr. arts. 164 y ss. y 1.058, respectivamente), entre otras.

A esta conclusión llegó también el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de mayo de 1974 (RJA. nº 2.068) con ocasión de pronunciarse sobre una partición que efectuó una persona sobre sus bienes y los de su cónyuge. En dicha resolución declaró, a modo de *obiter dicta*, que el causante no “otorgó la partición en nombre de su esposa, a la vez que lo hacía en nombre propio,

ni podía haberlo hecho”. Y ello porque, según afirma el Tribunal en la misma sentencia, con referencia a la regulación del Código civil, “la partición a que se refiere el artículo 1.056 es un acto personalísimo del testador que no puede efectuarse por medio de representante, como se infiere de su propia naturaleza, en relación con lo dispuesto en el artículo 670 del repetido Código, sin que aquí haga al caso lo prevenido en el artículo 831 del mismo ordenamiento” –consideración aplicable a la partición conjunta *ex art.* 157 LDCG.–⁴⁹⁵.

Siendo ello así, y a pesar de que la partija conjunta tenga este carácter personalísimo, es posible que un tercero distinto del testador o testadores tenga cierta intervención en su realización: el tercero puede aconsejar sobre el modo de efectuar la partición, e incluso puede realizarla él mismo, siempre y cuando sea el testador o testadores quienes la asuman y hagan propia⁴⁹⁶. Lo anterior se debe a que en el supuesto que comentamos –partija conjunta–, la voluntad no es delegable. Así, aun cuando un tercero tenga cierta intervención, es la voluntad de los testadores la que, en último término, genera la distribución de bienes que goza de eficacia respecto de los distributarios⁴⁹⁷; voluntad que, en algunos supuestos, ha de reunir ciertos requisitos formales⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ En sentido parecido, vid. la sentencia de 30 de octubre de 1970 (RJA. nº 4.475).

⁴⁹⁶ A este respecto ALBALADEJO (“¿Cuándo y entre quiénes parte el contador?”, en VVAA., *Estudios in memoriam del Prof. Manuel Iglesias Cubria*, tomo I, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1994, p. 59) opina que “cabría pensar que como el testador confiere al contador sus facultades, podría encomendarle la de partir aún en vida suya, para que sea eficaz cuando muera, como podría partir él mismo, y siendo siempre revocable por él. Más creo que no; y si el causante confía en que el otro sepa partir mejor que él, lo más que puede es pedirle un proyecto de partición para asumirla”.

⁴⁹⁷ A este respecto REINO CAAMAÑO (“Del artículo 1.056 del Código civil”, *cit.*, p. 31) afirma que “la partición del testador tiene que ser obra suya, exclusivamente suya”, no admitiendo ni el consejo ni la cooperación de un tercero, pues, entonces, “no sería una partición por testador”. A nuestro modo de ver, la ayuda y colaboración de un tercero, más si es un perito, no sólo no desvirtúa la partición por testador sino que, por el contrario, facilita que se cumpla en mayor medida una de sus finalidades: evitar discordias entre los herederos. Junto con ello y, al igual que sucede con el testamento ante Notario, la voluntad

De acuerdo con lo anterior, algún autor, en relación con la partija conjunta, ha defendido la posibilidad de que un cónyuge proceda a su realización en nombre propio y en representación de su cónyuge, siempre y cuando este último ratifique lo realizado por el primero⁴⁹⁹. A nuestro modo de ver, ello es posible si, y sólo si, posteriormente tiene lugar esta ratificación que resulta de todo punto necesaria, ya que de lo contrario no estaríamos ante una partija conjunta. Como se ve, la posibilidad apuntada por el autor a que nos referimos no difiere mucho del supuesto que antes hemos comentado en que

verdaderamente eficaz es la del testador aunque sea un tercero quien le dé forma técnica. Ello es así aun cuando en los testamentos ante Notario, la misión de éste “no se reduzca a escribir lo que el testador dijera o a copiar la manifestaciones de su voluntad hechas por escrito, sino a dar forma jurídica a las ordenaciones de dicha voluntad, ajustándolas a los preceptos de la ley y haciendo que sean cumplidas las solemnidades exigidas por la misma para su validez y eficacia” (MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, cit., p. 589).

⁴⁹⁸ De admitirse que el testamento mancomunado en la LDCG. pueda ser ológrafo (cfr. nota nº 440), si en él se contiene una partición conjunta, ésta ha de estar escrita, en todo caso, de puño y letra de los testadores (arg. *ex arts.* 678 y 688 Cc.). Y ello, aun cuando haya sido un tercero el que la haya confeccionado. Relacionado con ello y respecto del testamento ológrafo, la sentencia de 24 de febrero de 1961 (RJA. nº 351) declaró que “una persona mayor de edad con sólo saber leer y escribir, aún sin cultura más amplia, puede otorgar su testamento en forma olográfica, valiéndose de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión ordenada y hasta técnica a la declaración de voluntad exactamente concebida y querida por la testadora, que luego ésta copia o transcribe, por ser nada más que suya la volición en concreto contenido”. Por lo que se refiere al resto de los testamentos, o cuando la partija se realice fuera del documento testamentario, al no exigirse este requisito de la autografía, la partija podrá constar por cualquier medio mecánico o incluso estar escrita por otra persona, ya sea el Notario o un tercero, siempre y cuando el testador la asuma y haga propia mediante su firma. Por último, y al margen de ello, en el caso de que se admitiese la posibilidad de efectuar una partición verbal –defendida por cierta doctrina del Código civil (vid. los autores citados en la nota nº 410), y rechazada por la LDCG. (arg. *ex art.* 157)– tampoco habría obstáculo en que un tercero interviniese dando forma técnica a la partición, siempre y cuando sea el testador quien ratifique y asuma esa manifestación de su voluntad expresada por un tercero.

⁴⁹⁹ Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, “Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 415.

un tercero efectúa la partición y es aceptada y asumida por el testador. La única diferencia que existe entre dichos supuestos es la derivada del hecho de que el “representante” sea el cónyuge, lo que, en principio, implica un mejor conocimiento de los bienes y de los destinatarios de los mismos. De todas formas, éste podría ser un supuesto perfectamente encajable en la delegación de la facultad de distribuir *ex arts.* 141 y ss. de la LDCG.

CAPÍTULO QUINTO

EL OBJETO DE LA PARTICIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Tras la determinación de los elementos personales de la partición conjunta que realizamos en el capítulo anterior, en el que ahora comenzamos estudiaremos el ámbito objetivo de la misma, al que implícitamente se refiere el artículo 157 de la Ley de Derecho Civil de Galicia. En particular, y en lo que atañe a la partición individual, en el apartado primero de tal precepto se le permite al testador hacer la partija “*de la herencia*” en el mismo testamento o en otro documento diferente. Disposición que resulta perfectamente aplicable a la otra modalidad de partición por testador contenida en dicho artículo: la partición conjunta (art. 157, apartado segundo, LDCG.). Así pues, el citado precepto establece como objeto de la partición la “*herencia*” –o las herencias– de los testadores⁵⁰⁰.

Con el artículo precedente como punto de partida, y con apoyo en lo establecido por el artículo 659 del Código civil, iniciaremos este capítulo delimitando el contenido de la herencia; realidad que, como es conocido, tiene primariamente un sentido patrimonial, aun cuando no sea posible identificar plenamente la herencia con el patrimonio. Una vez delimitado el contenido de la herencia, podremos ya especificar qué elementos de ésta forman parte de lo que la doctrina denomina como *haber partible o caudal partible*, esto es: los bienes que conforman el *ámbito objetivo de la partición*⁵⁰¹. En efecto, como

⁵⁰⁰ Por su parte, en el ámbito del Código civil, el artículo 1.056 menciona como objeto de la partición que realiza individualmente el testador “*sus bienes*”: “*cuando el testador hiciera (..) la partición de sus bienes...*”. A lo que creemos, aún cuando existan diferencias terminológicas, tanto el artículo 157 de la LDCG. como el 1.056 del Cc. hacen referencia a la misma realidad. Siendo ello así, a primera vista parece más correcta la expresión utilizada en la LDCG. ya que cabe afirmar que –a salvo las matizaciones que en adelante se hagan– el objeto de la partición lo constituye la herencia y no solamente los bienes del propio testador. En efecto, como se reconoce en el artículo 659 del Código civil, la herencia no sólo está formada por los bienes sino también por los “*derechos que no se extingan con la muerte*” del causante.

⁵⁰¹ Entre otros, utiliza la indicada terminología, COVIÁN (voz “Partición de herencia”, cit., pp. 348 y ss.).

tendremos ocasión de comprobar cuando examinemos el haber partible, no existe una identidad total entre éste y la herencia, entre los elementos que se integran en el haber partible y los que constituyen la herencia. Algunos bienes, aun siendo hereditarios, pueden no ser objeto de partición en sentido propio por establecerlo así los testadores –al haber dispuesto de ellos a título singular, por ejemplo–, porque así lo determina la ley, o por otras causas que analizaremos.

Tras esta determinación negativa del haber partible –los bienes de la herencia que se han de excluir del mismo–, nos detendremos a estudiar su contenido desde un punto de vista positivo. A tal efecto, examinaremos en primer lugar los diversos regímenes económico-matrimoniales, ya que juegan un papel fundamental cuando se trata de delimitar el ámbito objetivo propio de la partición que efectúen los cónyuges testadores. Por tal motivo, haremos referencia a los tres regímenes que expresamente regula el Código civil –sociedad de gananciales, participación en las ganancias y separación de bienes–, deteniéndonos de modo especial en el primero de ellos, pues por su carácter supletorio (cfr. arts. 112 LDCG. y 1.316 Cc.) resulta el más frecuente en la práctica.

En segundo lugar, y tras la consideración de los regímenes económico-matrimoniales, terminaremos la determinación positiva del haber partible centrandó nuestra atención en el juego de las diversas sustituciones reguladas por el Código civil –vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria– en relación con la partición de la herencia. Como veremos, en tales casos, los testadores que establecen la sustitución –los sustituyentes– pueden realizar también la partición de los bienes objeto de la sustitución que irán a parar a los sustitutos.

Así delimitado el ámbito objetivo de la partición, concluiremos el presente capítulo estudiando la posibilidad de que la partición realizada por los testadores sea parcial, es decir, que no comprenda la totalidad de los bienes de la herencia.

II. EL CONTENIDO DE LA HERENCIA

2.1 Precisiones terminológicas: la herencia como realidad distinta del patrimonio y del haber partible

Como hemos avanzado anteriormente, nuestro análisis se dirige a la determinación del ámbito objetivo de la partición, para lo cual se hace preciso delimitar previamente y de forma clara qué sea la herencia y cuál su objeto. De este modo evitaremos identificar la herencia con otras realidades diversas como son el patrimonio del causante o el haber partible –según comprobaremos seguidamente, los términos expuestos hacen referencia a realidades que no se identifican plenamente⁵⁰².

En primer lugar, por lo que se refiere a la delimitación de qué sea la herencia, puede servirnos de apoyo lo establecido en el artículo 659 del Código civil, en el que se contiene una aproximación a su concepto: “*la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*”. Sobre esta base, cabe afirmar que la herencia viene a ser el conjunto o universalidad de bienes, derechos y obligaciones que pertenecieron a una persona que ha fallecido y en el que sucederán los llamados como herederos o legatarios.

Ello expuesto, no está de más indicar que el Tribunal Supremo, tiempo atrás, mantuvo un concepto de la herencia un tanto limitado en el que daba primacía al aspecto económico frente al concepto jurídico de la misma⁵⁰³. En

⁵⁰² De igual modo, tampoco se ha de identificar la herencia con la sucesión. Sobre las diferencias existentes entre ambas realidades, vid., entre otros, FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, tomo II, Establecimiento Tipográfico Vicente Oliva, Salamanca, 1878, p. 60; PALOMAR BARO, voz “Herencia”, en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo X, Barcelona, 1985, p. 917; SÁNCHEZ CALERO, “Comentarios al artículo 659 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo IX, vol. I-A, Edersa, Madrid, 1990, pp. 7 y ss. y ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 10 y 11.

⁵⁰³ Esta primacía de lo económico resultaba tributaria del concepto de herencia mantenido en Partidas –“la heredad e los bienes e los derechos de algund finado, sacando ende las

este sentido, el Tribunal Supremo declaró en algunos de sus pronunciamientos que la herencia venía constituida por “el remanente que, después de pagarse los legados y deudas, quedare del conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante”⁵⁰⁴.

No obstante, como cabe apreciar en la jurisprudencia posterior, este concepto limitado de la herencia ha sido superado, y, en la actualidad, se mantiene otro más acorde con la realidad de la misma, lo que facilita su delimitación⁵⁰⁵. Así, a título de ejemplo, en la sentencia de 22 de mayo de 1950 (RJA. nº 1.000) se declara que la herencia comprende en su concepto legal “bienes materiales, derechos, acciones y aun obligaciones que no pueden en múltiples ocasiones valorarse económicamente”⁵⁰⁶; y que “el heredero (..)

debdas que deúa e las cosas ajenas que y fallasen”– y de la concepción germánica de la herencia (cfr. FERRARA, “Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española”, *RDP.*, tomo X, nº 122, noviembre, 1923, p. 324). La existencia de este concepto limitado de la herencia en cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo es reconocida por la mayoría de la doctrina. Cfr., entre otros, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cit., pp. 32 y ss., en especial pp. 32 y 33 y CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., pp. 80-82.

⁵⁰⁴ Sentencia de 24 de noviembre de 1911 (JC. tomo XL nº 140). En el mismo sentido vid., entre otras, las de 4 de mayo de 1892 (JC. tomo LXXI nº 43), 9 de febrero de 1901 (JC. tomo IX nº 34), 5 de noviembre de 1920 (JC. tomo CLI nº 91) y 5 de diciembre de 1941 (RJA. nº 1.388).

⁵⁰⁵ La identificación de la herencia con el activo patrimonial es rechazada actualmente por la doctrina (vid., por todos, GALVÁN GALLEGOS, *La herencia: contenido y adquisición. La aceptación y repudiación de la herencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000, pp. 20 y ss.). Sin embargo es la concepción que tiene en cuenta la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, de ISD., para la determinación de la base imponible del Impuesto (cfr. art. 9).

⁵⁰⁶ RJA. nº 1.000. A partir de las sentencias de 1941 ha prevalecido en el Tribunal Supremo un concepto amplio de herencia cuya existencia había sido ya apuntada por el citado Tribunal en la sentencia de 5 de julio de 1909 (JC. tomo CXV nº 110) y por la DGRN. en la resolución de 25 de agosto de 1923 (JC. tomo CLX nº 37). Se recoge el referido concepto amplio de la herencia, entre otras, en las sentencias de 11 de octubre de 1943 (RJA. nº 1.034), 8 de febrero de 1972 (RJA. nº 623) y en la de 13 de diciembre de 1982 (RJA. nº 7.477). Sobre la evolución del concepto de herencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vid. SÁNCHEZ CALERO, “Comentarios al artículo 659 Cc.”, cit., pp. 9-11, y los comentarios que

aparece ante la herencia (..) con un derecho subjetivo que le otorga la Ley que podrá o no ser satisfecho *in actu*, según existan o no al deferirse la herencia bienes con que hacerlo, pero que persiste en potencia en él mientras ostente aquella cualidad legal con proyección sobre todo cuanto en presente, pasado, o futuro provenga de la persona de quien trae causa”⁵⁰⁷.

Como cabe observar, el Tribunal Supremo vincula ya el concepto de herencia con la figura del heredero, reconociendo que esta cualidad proveniente de un derecho subjetivo otorgado por la ley (cfr. art. 660 Cc.) tiene una proyección que no se limita al activo patrimonial existente en el momento del fallecimiento del causante. La citada vinculación, junto con el reconocimiento de la fuerza expansiva de la cualidad de heredero resulta más correcta desde un punto de vista técnico, superando así el limitado concepto de la herencia a que anteriormente nos hemos referido: la herencia como activo patrimonial. Asimismo dicha concepción permite reconocer también que el heredero, además de suceder en todas las titularidades del difunto – sean o no conocidas en el momento de adquirir tal condición⁵⁰⁸, goza de una cualidad que tiene una vertiente extrapatrimonial⁵⁰⁹.

hace PUIG BRUTAU a algunas de las sentencias citadas en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 34-44.

⁵⁰⁷ RJA. nº 1.000. La sentencia de 22 de marzo de 1984 (RJA. nº 1.317) reconoce que también se incluyen en la herencia las acciones que correspondían al difunto: “la existencia de un albacea universal conforme a lo previsto en el art. 894 (..) no puede impedir la gestión procesal de los herederos en cuanto subrogados en la situación jurídica del causante como efecto de la «*successio in ius*» (arts. 659 y 661 del mismo Código), acudiendo al ejercicio de las acciones que correspondían al difunto para reclamar de extraños bienes que pasarán a integrar la masa partible...”. Vid. también las sentencias de 14 de noviembre de 1986 (RJA. nº 6.392) y 24 de octubre de 1995 (RJA. nº 7.846) que hacen expresa referencia a la legitimación de los herederos para impugnar un contrato realizado por el causante con simulación absoluta.

⁵⁰⁸ Vid., al respecto, la sentencia de 26 de marzo de 1991 (RJA. nº 2.450).

⁵⁰⁹ Sobre este extremo, vid. DORAL, “Titularidad y patrimonio hereditario”, *ADC.*, tomo XXVI-II, abril-junio, 1973, pp. 457 a 459.

Así configurada la herencia, ha de distinguirse del patrimonio. En efecto, aun cuando en términos generales quepa decir que el patrimonio de una persona se convierte en caudal relicto, en caudal hereditario tras su fallecimiento –lo que en vida fue el patrimonio de una persona se convierte en herencia tras su muerte–, no cabe identificar ambos términos⁵¹⁰. Lo anterior por dos razones. Por un lado, porque la citada conversión no tiene lugar con todos y cada uno de los elementos del patrimonio: existen algunos elementos que integran el patrimonio del sujeto que no se convierten en herencia a su fallecimiento, por ejemplo, por no ser heredables⁵¹¹; y por otro, porque, como hemos avanzado, en la herencia no se comprenden únicamente relaciones jurídicas patrimoniales⁵¹². Así pues, la identificación de la herencia y el patrimonio se ve imposibilitada porque de aquélla se excluyen determinados

⁵¹⁰ Excede de nuestro trabajo detenerse a considerar el concepto de patrimonio, las teorías que tratan de explicarlo –personalista, realista y finalista– y sus características –valor económico, dimensión colectiva y referencia a un titular–. Sobre ello y otras cuestiones acerca del patrimonio vid., DE CASTRO, “El patrimonio”, *Temas de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1972, pp. 35 y ss., DE LOS MOZOS, voz “Patrimonio”, en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989, pp. 165-179, y la bibliografía que estos autores citan. Por otra parte, en relación con la herencia tampoco analizaremos en este trabajo las construcciones jurídicas que intentan dar explicación cabal de su naturaleza, ni las distintas situaciones en que ésta se puede encontrar. De las dos acepciones de la herencia que la *communis opinio* reconoce, la subjetiva –sucesión hereditaria universal– y la objetiva –conjunto de bienes y derechos que la integran–, y que tienen reflejo en el Código civil –arts. 660 y 659 Cc., respectivamente–, en este estudio utilizaremos únicamente la objetiva. Para un análisis detallado de estas acepciones, vid., entre otros, PALOMAR BARO, voz “Herencia”, cit., pp. 907 y ss. y la doctrina que allí se cita.

⁵¹¹ La idea de que todo el patrimonio de un sujeto se convierte en caudal hereditario a su muerte ha sido mantenida por la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia de 7 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.301).

⁵¹² Entre otras relaciones jurídicas extrapatrimoniales que se incluyen en la herencia podemos destacar las derivadas de la tutela de la “personalidad pretérita” del causante, entre las que se encuentran las acciones de filiación o de defensa de los apellidos (sobre la “personalidad pretérita”, vid. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 38).

elementos patrimoniales a la vez que se incluyen relaciones jurídicas extrapatrimoniales⁵¹³.

Pues bien, al igual que la herencia y el patrimonio no son conceptos identificables, como sabemos, tampoco resulta posible asimilar aquélla con el haber partible. Así, y aún cuando comúnmente se reconozca que cuando de partición por testador se trata el fundamento de la partición es el mismo que el de la herencia, el ámbito del haber partible puede no coincidir exactamente con el de la herencia. En efecto, en la práctica no resulta infrecuente que existan bienes y derechos comprendidos en la herencia que no son objeto de partición por haber sido excluidos del haber partible, por ejemplo, por voluntad del causante⁵¹⁴. Ello ocurre sin que sea posible que suceda la situación inversa: que existan bienes del haber partible que no formen parte de la herencia⁵¹⁵. Esto último, por cuanto que el haber partible –los bienes que serán objeto de partición– en todo caso se acoge dentro de la herencia; está incluido en ella. Pues bien, por el cauce expuesto se deduce que el ámbito sobre el que se extenderá la facultad de partir será, como máximo, el mismo que sobre el que se extiende la facultad de disposición⁵¹⁶.

Así las cosas y una vez delimitado el significado de los términos herencia, patrimonio y haber partible, a continuación examinaremos el contenido de la herencia –los bienes que se han de incluir y excluir de la misma–, tras lo cual

⁵¹³ En este sentido, DE LA CÁMARA afirma que el artículo 659 Cc. presenta, entre otras, dos deficiencias: de una parte, no queda suficientemente resaltado el carácter patrimonial de la herencia; y de otra, no se hace referencia alguna al hecho de que quedan excluidas de la herencia determinadas relaciones jurídicas patrimoniales por tener previsto un régimen sucesorio peculiar, de modo tal que no cabe identificar ambos conceptos: herencia y patrimonio. *Compendio de Derecho sucesorio*, cit., pp. 16 y 17.

⁵¹⁴ Vid., en tal sentido, la sentencia de 5 de junio de 1985 (RJA. nº 3.095).

⁵¹⁵ En tal sentido, cabe afirmar que todo aquello que no forme parte de la herencia no podrá constituir haber partible.

⁵¹⁶ Vid., por todas, la sentencia de 7 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.301).

determinaremos los que se integran en el haber partible⁵¹⁷. Es decir, para delimitar el haber partible analizaremos qué es y qué no es herencia y veremos, dentro de lo que sea herencia, qué se incluye y qué se excluye del haber partible.

2.2 Composición de la herencia

2.2.1 Bienes incluidos en la herencia. El artículo 659 del Código civil.

Retomando lo dicho páginas atrás, para proceder al estudio de lo que sea o no herencia, resulta conveniente acudir a la aproximación al contenido de la misma recogido en el ya citado artículo 659 del Código civil. Sin embargo, aun cuando para el referido fin sea útil acudir a tal precepto, no está de más poner de manifiesto las críticas que ha suscitado en la doctrina. De una parte, se ha señalado la incorrección en que incurre el artículo 659 Cc. por cuanto que su tenor literal parece dar a entender que se sucede en los bienes, lo que no resulta del todo acertado: se sucede en los derechos, no en los bienes, de forma tal que varias personas pueden adquirir diferentes derechos sobre un mismo bien⁵¹⁸. Y de otra, también se ha resaltado la redundancia que se manifiesta en la norma que comentamos, ya que tanto los “*bienes*” como los

⁵¹⁷ De lo expuesto en el texto se colige que, aún cuando parece preferible y más acertada la referencia que realiza el artículo 157.1 LDCG. a la herencia como objeto de la partición que la expresión del Código civil –“*sus bienes*”–, la dicción del artículo 157.1 de la LDCG. no resulta del todo exacta por cuanto que el objeto de la partición no se identifica plenamente con la herencia.

⁵¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, “Comentarios al artículo 659 Cc.”, cit., p. 8. En este punto es necesario tener en cuenta el sentido amplio que cabe otorgarle al término “bien” por el que, más allá de identificarse con una cosa concreta, comprende también a los derechos. De este modo, los derechos son bienes y los bienes materiales son objeto de los derechos. En este sentido, SAVIGNY definía la sucesión como un “cambio puramente subjetivo en una relación de derecho” (*Sistema de Derecho romano actual*, tomo II, 2ª edición, Centro editorial de Góngora, Madrid, p. 145). De acuerdo con él, toda la doctrina civilística considera que el objeto de la sucesión son los derechos y no los bienes, como refiere el artículo 609 del Código civil.

“derechos” hacen referencia a una misma idea: cosas susceptibles de apropiación⁵¹⁹.

Críticas al margen, SANCHO considera que la función a que responde el artículo 659 del Código civil no estriba en delimitar con precisión el ámbito objetivo del fenómeno hereditario. Para dicho autor, en criterio que comparto, la finalidad del artículo 659 Cc. consiste en explicitar el carácter exhaustivo del citado fenómeno: “*todos los bienes, derechos y obligaciones (...) que no se extingan por su muerte*” (art. 659 Cc.)⁵²⁰. Pues bien, la función reseñada – señalar el carácter exhaustivo del fenómeno sucesorio– puede valer como primera aproximación para delimitar el objeto de la herencia. Y así, se puede afirmar que la herencia comprende todas las relaciones jurídicas del causante al tiempo de su fallecimiento, incluidas aquéllas de las que sea titular y lo ignore⁵²¹.

Con todo, este punto de partida, siendo cierto, ha de ser matizado con la observación que a continuación se realiza: sólo formarán parte del contenido de la herencia los derechos que tengan la característica de la transmisibilidad (arg. ex art. 659 Cc.). En efecto, los derechos que carezcan de la referida nota, es decir, los derechos que sean intransmisibles, no podrán ser objeto de la herencia puesto que no cabe suceder en la titularidad de tales relaciones jurídicas. De este modo, al no admitirse la sucesión en ellos, las relaciones jurídicas intransmisibles desaparecerán con su titular, quedando al margen del fenómeno hereditario⁵²². En este sentido, es preciso indicar que, en el

⁵¹⁹ Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XII, cit., p. 49.

⁵²⁰ SANCHO, “Comentarios al artículo 659 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1660. La función que le atribuye al artículo 659 Cc. es muy coherente con la exhaustividad que se contiene en el artículo 660 Cc., el cual llama heredero “*al que sucede a título universal*”.

⁵²¹ Vid., al respecto, la sentencia de 13 de diciembre de 1982 (RJA. nº 7.477).

⁵²² Un principio general en cuanto a la composición de la herencia es que los bienes han de ser de titularidad del causante –el momento en que se ha de apreciar tal titularidad es a la muerte del difunto–. Siendo ello así, y a la vista de lo establecido en los artículos 861 y 862 del Código civil, parece que excepcionalmente dicho Cuerpo legal permite que el causante

ordenamiento jurídico, la regla general es que mientras que los derechos patrimoniales son, en principio, transmisibles (art. 1.112 Cc.), ya se trate de derechos de crédito (art. 1.257 Cc.) o de derechos reales (art. 609 Cc.), los derechos personalísimos no gozan de la característica de la transmisibilidad: las relaciones jurídicas están anudadas a la persona del titular por dicha condición⁵²³.

Así las cosas y aún cuando, según se expuso páginas atrás, no sea posible identificar totalmente la herencia con el patrimonio, éste constituye el ámbito natural o el contenido propio de la herencia, por más que, de forma excepcional, se excluyan de ella algunos derechos patrimoniales y se incluyan algunos de carácter extrapatrimonial.

disponga de algún bien que no sea de su propiedad. El primero de tales preceptos establece que *“el legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación. La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario”*. Y el segundo dispone que *“si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado. Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento”*. En ambos casos, lo que propiamente forma parte de la herencia es el precio para adquirir el bien ajeno legado o su justa estimación. Así, en sentido estricto, no se lega un bien ajeno, sino que se impone una obligación de adquisición del mismo.

⁵²³ Sobre este punto, CASTÁN ha afirmado que, siendo los derechos patrimoniales fundamentalmente transmisibles por sucesión hereditaria, algunos de ellos están excluidos de esta transmisibilidad por razón de la naturaleza del negocio jurídico que les sirve de base o por virtud de una disposición legal, motivada, ordinariamente –según indica– por consideraciones económicas (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 120). La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre este aspecto en la sentencia de 17 de febrero de 1981 (RJA. nº 563), y, de modo especial, en la de 11 de octubre de 1943 (RJA. nº 1.034) en la que se recoge una “determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio, y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc. que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular –*ossibus inhaerent*–, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente a la vida de una persona”. En el mismo sentido, vid. la sentencia de 26 de marzo de 1994 (RJA. nº 2.523) y la de 30 de octubre de 1995 (RJA. nº 7.653).

Sentada esta premisa –la herencia comprende todas las relaciones jurídicas de las que es titular el causante y que sean transmisibles– veamos qué elementos se han de excluir de la misma.

2.2.2 Bienes excluidos de la herencia

A) Preliminar

Delimitado en sentido positivo el contenido de la herencia, por lo que se refiere a los bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, se han de excluir de ella es preciso indicar que el artículo 659 del Código civil no contiene una determinación específica de los mismos. Por tal motivo, ha sido la doctrina quien se ha encargado de efectuar tal relación. En tal sentido, se distinguen tres categorías de bienes y derechos que se deben excluir de la masa hereditaria, y que, por tanto, tampoco formarán parte del haber partible⁵²⁴: los derechos excluidos por su extinción a la muerte del titular; los derechos que surgen con ocasión de la muerte del titular; y un tercer grupo constituido por los derechos que tienen un destino predeterminado por la ley⁵²⁵.

⁵²⁴ En el texto seguimos la clasificación realizada por VALLET ya que nos parece la más adecuada (cfr. “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, *ADC.*, tomo XXIV-I, enero-marzo, 1971, pp. 3 y ss.). Es interesante también la clasificación que realiza ARMERO DELGADO (*Testamentos y particiones*, tomo I, Reus, Madrid, 1951, pp. 20-29) y las enumeraciones de derechos excluidos de la herencia efectuadas por SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., pp. 53-57) y PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. I, cit., pp. 44-63).

⁵²⁵ Como pone de relieve GALVÁN GALLEGOS (*La herencia: contenido y adquisición...*, cit., pp. 39 y ss.) existen algunos supuestos controvertidos en cuanto a su inclusión o exclusión de la herencia, que no analizaremos en este trabajo. Así, entre otros: los derechos potestativos –la doctrina y la jurisprudencia reconocen su transmisibilidad salvo que sean de naturaleza personalísima o exista una disposición contraria de la ley–, la oferta de contrato –existen opiniones doctrinales a favor y en contra de su inclusión mientras que la jurisprudencia se inclina por excluirla de la herencia (vid. sentencia de 23 de marzo de 1988 –RJA. nº 2.422–)–, y las expectativas de derechos y deudas –se reconoce generalmente su inclusión salvo que sean de configuración personalísima–.

B) Derechos excluidos por su extinción a la muerte del titular

Esta primera categoría de bienes excluidos de la herencia viene conformado por todos aquellos derechos que se extinguen a la muerte del causante. En efecto, si el artículo 659 del Código civil exige como condición necesaria para que los bienes formen parte de la herencia “*que no se extingan por su muerte*” (del titular), se habrán de excluir de ésta los que no cumplan dicha condición. Con fundamento en el citado precepto y compartiendo el criterio de LACRUZ y SANCHO, podemos excluir de la herencia los derechos de carácter público⁵²⁶, los derechos patrimoniales de duración vitalicia⁵²⁷, los derechos personalísimos⁵²⁸ –entre los que se pueden incluir los derechos de la

⁵²⁶ Se pueden excluir por estar fuera de la esfera privada del causante, los derechos derivados de la vecindad civil o los derivados de la nacionalidad. Sin embargo, pueden formar parte de la herencia determinados derechos patrimoniales administrativos: el artículo 98 de la Ley 2/1973, de 21 de julio, de Minas, permite la transmisión *mortis causa* de algunos derechos mineros si se cumplen las condiciones establecidas en el citado precepto. Cfr. también las enumeraciones de bienes realizadas por LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 36-38.

⁵²⁷ Dentro de los derechos patrimoniales que se excluyen de la herencia por tener un plazo de vigencia limitado a la vida del causante se encuentra el derecho de renta vitalicia (cfr. art. 1.802 y ss. Cc.). Son transmisibles, sin embargo, y mientras no caduquen, los derechos de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial en su vertiente patrimonial (cfr. arts. 26 y 42 del Texto Refundido aprobado por R. Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, sobre la Propiedad Intelectual, y los artículos 10.1 y 144.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, sobre patentes de invención y modelos de utilidad). De otra parte, por lo que se refiere al usufructo –derecho naturalmente vitalicio y que se extingue por la muerte del usufructuario ex art. 513 Cc.–, es posible que en el título constitutivo del mismo se pacte la no extinción por muerte (arg. ex art. 640 Cc. en relación con el art. 781 Cc.). En tales casos, el usufructo podrá ser objeto de sucesión y formar parte del haber partible –para ello resultará necesario realizar una valoración económica del mismo–, con la limitación establecida en el artículo 781 Cc.

⁵²⁸ Aún cuando los derechos personalísimos no sean transmisibles por estar anudados a la persona del titular por dicha condición, en determinados casos el interés que dio lugar al derecho subjetivo subsiste tras la muerte de aquél, pasando, por tal motivo, al sucesor a fin de –en palabras de LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 38)– “proteger la personalidad pretérita del mismo”. El sucesor será entonces el encargado de proteger tal

personalidad⁵²⁹–, las relaciones jurídico-familiares puras⁵³⁰ y las relaciones contractuales celebradas *intuitu personae*⁵³¹.

C) Derechos que surgen con ocasión de la muerte del titular

El segundo grupo de bienes excluidos de la herencia está constituido por aquellos derechos que no existían antes de la muerte del causante –por tanto, de los que el causante nunca fue titular– y que surgen con ocasión de ella: p. ej., una obligación de indemnizar surgida por causa de la muerte del causante (cfr. art. 1.902 Cc.)⁵³², una pensión de viudedad o una indemnización derivada

derecho, que goza también de la característica de personalísimo. Esto sucede, p. ej., con las acciones de filiación (arts. 132, 133, 136, y 141 Cc.) y con el derecho moral de autor (arts. 14 y 15 del Texto Refundido aprobado por R. Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril).

⁵²⁹ Los derechos de la personalidad, esto es, los derechos que protegen la esfera personal del causante, son intransmisibles, aunque en determinados casos cabe transmitir el derecho a exigir de los demás el respeto a la memoria del ámbito personal del difunto. De este modo, se legitima al sucesor o sucesores para el ejercicio de las acciones de resarcimiento por los daños causados a tal derecho. Cfr. los artículos 4 y 6 de la LO. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Además, de acuerdo con el artículo 1 de la LO. 2/1984, de 26 de marzo, también se puede incluir en la herencia el derecho de rectificación.

⁵³⁰ Como resaltan LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 37) “son transmisibles los derechos sobre los bienes adquiridos ya por el causante, aun a causa de relaciones familiares, pero no las situaciones jurídicas familiares, aun cuando tengan un contenido patrimonial”. Se excluyen por tanto, entre otros, el derecho de alimentos (arts. 150 y 151 Cc.) y el de patria potestad (art. 169 Cc.), incluyéndose, por ejemplo, los bienes gananciales.

⁵³¹ Algunas de las relaciones contractuales celebradas *intuitu personae* –en atención a la persona concreta de que se trate– son: el contrato de trabajo, el arrendamiento de obra realizado en atención a la persona (art. 1.595 Cc.), el contrato de mandato (art. 1.732.3 Cc.) y el contrato de sociedad (art. 1.700.3 Cc.).

⁵³² A este respecto, vid. la sentencia de 1 de octubre de 1994 (RJA. nº 7.439).

de contrato de seguro⁵³³. Como parece lógico, estos bienes no pueden formar parte de la herencia ya que no existían antes del fallecimiento, y, por tal motivo, tampoco cabe incluirlos en el haber partible. Siendo ello así, resulta preciso señalar que tales derechos son adquiridos por los destinatarios no en razón de ser herederos respecto del causante, sino por su cualidad de tercero beneficiario. Es decir, estos derechos se adquieren *iure proprio* y no *iure hereditario*, pudiendo coincidir en algún caso en la misma persona la cualidad de heredero con la de beneficiario.

D) Derechos excluidos por tener un destino predeterminado por la ley

El tercer grupo de derechos que se han de excluir de la herencia viene conformado por los derechos del patrimonio del causante que no siguen el curso normal de aquélla por tener un destino específico determinado por la ley⁵³⁴. Dentro de esta categoría de bienes podemos incluir los que a continuación se exponen: los títulos nobiliarios, algunos derechos arrendaticios y el ajuar⁵³⁵.

Por lo que se refiere a los títulos nobiliarios, éstos no forman parte de la herencia por cuanto que constituyen una sucesión *mortis causa* extraordinaria⁵³⁶. Así, para suceder en tales títulos no se aplica el orden

⁵³³ Cfr. artículos 85 y 88 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro. Y, en la doctrina, vid. MUÑIZ ESPADA, “Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento”, *ADC.*, tomo XLVIII-IV, octubre-diciembre, 1995, p. 1637.

⁵³⁴ Según ARMERO DELGADO (*Testamentos y particiones*, tomo I, cit., pp. 25-27) constituyen una sucesión anómala.

⁵³⁵ Recoge un supuesto especial en el que concurre naturaleza administrativa y civil –la concesión administrativa de la titularidad de una Administración de Loterías– la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2003 (RJA. nº 2.155). Vid., también, el comentario a la misma que efectúa DOMÍNGUEZ LUELMO, “Comentario a la sentencia de 28 de febrero de 2003”, *CCJC.*, nº 62, mayo-septiembre, 2003, pp. 833 a 855.

⁵³⁶ Respecto de la sucesión en los títulos nobiliarios, vid. la Real Cédula de Carlos IV sobre vinculación de títulos de 29 de abril de 1804, recogida como Ley XXV del Título I del Libro VI de la Novísima Recopilación, y el artículo 13 de la Ley desvinculadora de 27 de

establecido por las normas reguladoras del fenómeno hereditario sino el predeterminado por las leyes que establecen el régimen sucesorio nobiliario⁵³⁷.

En segundo lugar, el derecho de subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda constituye otro de los bienes excluidos de la herencia, tal y como se deduce del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁵³⁸. En efecto, a la vista de dicho precepto se evidencia que el legislador aparta del régimen sucesorio general el derecho de subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda, por cuanto que: lo configura como un derecho cuya disponibilidad se escapa a su titular –lo que no sucede con otros derechos patrimoniales–⁵³⁹, y es la misma ley quien establece los destinatarios del mismo (cfr. art. 16 LAU.)⁵⁴⁰. Por tanto, a lo que parece, se

septiembre de 1820. Recoge parcialmente el contenido de tales normas, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1986 (RJA. nº 4.414).

⁵³⁷ Sobre este aspecto, vid. VVAA., *Compendio de Derecho Nobiliario*, Civitas, Madrid, 2002.

⁵³⁸ El texto del artículo 16 de la LAU., de 24 de noviembre de 1994, establece que “1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: a) el cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él; b) la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge (...); c) los descendientes del arrendatario (...); d) los ascendientes del arrendatario (...); e) los hermanos del arrendatario (...); f) las personas distintas de las mencionada en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral (...). Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido (...)”.

⁵³⁹ El derecho de arrendamiento únicamente se desgaja del tratamiento que tienen otros derechos patrimoniales del titular tras la muerte del mismo. Cfr. VERDERA SERVER, *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 27.

⁵⁴⁰ Cfr. la sentencia de 2 de marzo de 1959 (RJA. nº 1.498). El derecho de subrogación *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda no se trata de un derecho hereditario sino de un “beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razones de interés social y en atención al difícil problema de la vivienda”. Reconociendo que no constituye un derecho

trata de una sucesión particular que actúa por la misma fuerza de la ley, de modo tal que a la muerte del arrendatario la subrogación en el derecho de arrendamiento se produce al margen del fenómeno hereditario⁵⁴¹.

Por último, también conforma este tercer grupo de bienes excluidos de la herencia por tener un destino predeterminado por la ley el ajuar, respecto del cual el artículo 1.321 del Código civil dispone que pasará, en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, al que sobreviva, sin que se le compute en su haber —a la vista de los términos del citado precepto parece que no cabe pacto en contrario (arg. ex art. 6.3 Cc.)⁵⁴²—. Dentro del ajuar se han de incluir, como el citado artículo dispone, “*las ropas, el mobiliario y enseres*” de la vivienda habitual común de los cónyuges, sin que formen parte de él “*las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor*”⁵⁴³.

hereditario, vid. FERRANDIS VILELLA, “Sucesión en los arrendamientos. Transmisión *mortis causa* de los derechos y obligaciones del arrendatario”, *ADC.*, tomo VII-II, abril-junio, 1954, pp. 405 a 426, en especial las pp. 415 y ss. y CARRASCO PERERA, “Comentarios al artículo 16 de la LAU.”, *VVAA., Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 353.

⁵⁴¹ Sobre el carácter excepcional de esta sucesión, vid. las sentencias de 25 de noviembre de 1950 (RJA. nº 1.770) y de 20 de octubre de 1952 (RJA. nº 1.862). Y, en la doctrina, BLANQUER UBEROS, “El proyecto de ley de arrendamientos urbanos. Comentarios y observaciones”, *La Ley*, 1994-2, p. 997 y LEÓN-CASTRO y DE COSSÍO, *Arrendamientos urbanos: la nueva ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Granada, Comares, 1995, p. 95.

⁵⁴² Con todo, en la doctrina se admite que, mediante capitulaciones matrimoniales, se modalice el cumplimiento de lo establecido en dicho artículo (cfr. DE LOS MOZOS, “Comentarios al artículo 1.321 Cc.”, en *VVAA., Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XVIII, vol. I, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1982, p. 138 y HERRERO GARCÍA, “Comentarios al artículo 1.321 Cc.”, en *VVAA., Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 593). E incluso, LACRUZ y SANCHO, yendo más allá, admiten también su derogación por pacto (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 294), aunque suponemos que, en tal caso, el pacto se acordará a través de las mismas capitulaciones matrimoniales.

⁵⁴³ El artículo 1.321 Cc. busca proteger al cónyuge supérstite de las actuaciones desconsideradas de los herederos del premuerto y responde a la idea de unidad de la familia (cfr. DE LOS MOZOS, “Comentarios al artículo 1.321 Cc.”, cit., p. 135), motivos que justifican

Siendo ello así, la doctrina considera que este *derecho de supervivencia o derecho de predetracción del caudal relicto* constituido por el ajuar es un beneficio legal de carácter matrimonial y no sucesorio⁵⁴⁴. Por ello, el cónyuge superviviente recibirá *ex lege* el ajuar sin que se le compute en su haber en la liquidación del régimen económico-matrimonial y sin que forme parte tampoco de la cuota que puede recibir en la herencia del premuerto⁵⁴⁵. En efecto, el ajuar no formará parte de la masa hereditaria del fallecido y, por tanto: no integrará su haber partible, no computará para la determinación de la legítima, ni estará afecto al pago de deudas⁵⁴⁶. Además, por tal motivo, el

la desigualdad en la liquidación del régimen (cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., pp. 293 y 294 citando a Carbonnier). En otro orden de cosas, los citados autores estiman que el concepto “*extraordinario valor*” es relativo, proporcional a la posición económica de cada uno, y que el derecho *ex art. 1.321 Cc.* no abarca otras segundas viviendas comunes o las viviendas privativas de los cónyuges (cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 295).

⁵⁴⁴ El artículo que comentamos se sitúa en la parte correspondiente al régimen económico matrimonial primario y no en la dedicada a la sucesión hereditaria, por cuanto que su fundamento viene constituido por el vínculo matrimonial. Así parecen haberlo entendido DE LOS MOZOS (“Comentarios al artículo 1.321 Cc.”, cit., p. 136), HERRERO GARCÍA (“Comentarios al artículo 1.321 Cc.”, cit., p. 593) y LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 294). De acuerdo con ello, este derecho no puede hacerse extensivo a las uniones de hecho –no hay “cónyuge” que sobreviva– ni a casos de separación judicial –cesa la convivencia común–. De todos modos, en la doctrina, MARTÍN PÉREZ (“Convivencia y herencia. Derechos sucesorios en las uniones de hecho”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 1098 y 1099) ha defendido que debería reconocérsele al conviviente superviviente un derecho con el mismo contenido al del ajuar. En este sentido, vid., en el ámbito legal, el artículo 9 de la Ley 6/1999 de 26 de marzo, del Parlamento de Aragón, relativa a parejas estables no casadas, y el artículo 18 de la Ley 10/1998 de 15 de julio, de Cataluña sobre uniones estables de pareja.

⁵⁴⁵ Cfr. VICENTE DÍAZ, “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *Actualidad Civil*, tomo III, nº 32, septiembre, 1989, p. 2552 y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La disposición testamentaria de bienes gananciales...”, cit., pp. 832 y 833.

⁵⁴⁶ Entendiendo que, a efectos fiscales, “*el ajuar doméstico forma parte de la masa hereditaria*”, vid. el artículo 15 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, de ISD.

cónyuge premuerto tampoco habrá podido disponer de él, siendo ineficaz toda disposición que sobre él hubiese hecho⁵⁴⁷.

III. EL HABER PARTIBLE

3.1 Ideas previas

Una vez determinado el contenido de la herencia, en el que se han de incluir todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante que no se extingan a su muerte (cfr. art. 659 Cc.) y del que se han de excluir, como hemos hecho, los derechos que surgen o que se extinguen con la muerte del titular y los que tienen un destino predeterminado por la ley, procederemos ahora a fijar el contenido concreto de la partición. Esta operación –la determinación de la masa de bienes y derechos que forman el haber partible– constituye una operación previa a la adjudicación de los bienes. Y es que los testadores que deseen realizar la partición conjunta de sus herencias habrán de conocer primeramente el contenido de las mismas y lo que es susceptible de ser partido, ya que no podrán transmitir y disponer de algo que no les pertenece⁵⁴⁸. De igual modo, en el resto de modalidades de partición también resulta imprescindible determinar lo que se ha de partir, separando aquello que no haya de incluirse en el haber partible.

⁵⁴⁷ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, “La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)”, *ADC.*, tomo XLIII-III, julio-septiembre, 1990, p. 834. Esta ineficacia – nulidad según MASIDE MIRANDA (*Legítima del cónyuge supérstite*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, p. 430) y Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, tomo IV, cit., p. 147)– tiene lugar ya sean gananciales o privativos los bienes que componen el ajuar.

⁵⁴⁸ Reflejando esta circunstancia, en el artículo 1.056 del Código civil se antepone a la palabra “*bienes*” el pronombre posesivo “*sus*”. No sucede igual en el texto de la LDCG., aunque éste es un detalle menor. De todos modos, existen excepciones a dicho principio, pues, en ocasiones, el testador no puede partir bienes de que es, por lo menos, parcialmente, propietario (p. ej., bienes gananciales en los que no tiene la plena titularidad) o también parte y dispone bienes que son ajenos, por lo menos, en el momento de elaborar la partición.

Así las cosas, la doctrina ha dedicado una mayor atención a la determinación y clasificación de los bienes, derechos y objetos excluidos de la partición –clasificación aplicable a la figura que se estudia en este trabajo– que a los que se incluyen dentro de ésta⁵⁴⁹. Ello es comprensible por cuanto resulta más sencillo hacer una determinación negativa de los bienes excluidos de la partición, frente a la dificultad que entraña la realización de una enumeración positiva de los que la integran, debido tanto a la heterogeneidad de bienes que pueden ser incluidos como a la posibilidad de referirse a éstos de un modo genérico.

De acuerdo con el indicado modo de proceder de la doctrina, comenzaremos examinando los bienes que se han de separar de la partición clasificándolos en tres grupos: los bienes excluidos del haber partible porque no forman parte de la herencia; los bienes que, formando parte de la herencia, son excluidos por otros motivos; y un tercer grupo de bienes heterogéneo, en el que, junto con los bienes colacionables, nos referiremos a unos supuestos un tanto controvertidos, cuya peculiaridad reside en que la inclusión-exclusión de los mismos del haber partible depende de la naturaleza que se les reconozca.

⁵⁴⁹ Vid. algunas de las enumeraciones de bienes excluidos de la partición realizadas por COVIÁN (voz “Partición de herencia”, cit., pp. 348 y 349), MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo V, cit., p. 275), SANCHO (“Partición de herencia”, cit., pp. 515-517), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., pp. 451 a 453) y GONZÁLEZ-LLANA (*Particiones hereditarias extrajudiciales, testamentarias y abintestatos y redacción de documentos*, tomo I, Estudios Jurídicos Prácticos, Madrid, 1951, pp. 15 y ss.). Mantiene exactamente la misma opinión que este último, BÁRCENAS SIMARRO, en *Particiones hereditarias extrajudiciales, testamentarias y abintestatos y formularios sobre herencias*, tomo I, Estudios Jurídicos Prácticos, Madrid, 1978 (esta obra coincide totalmente con la de GONZÁLEZ-LLANA siendo la única diferencia el número de página –una o dos páginas– debido al formato del libro)

3.2 Delimitación negativa del haber partible: los bienes excluidos

3.2.1 Bienes excluidos del haber partible porque no forman parte de la herencia

Según cabe deducir de lo expuesto hasta ahora, que los bienes formen parte de la masa hereditaria constituye una condición necesaria para que puedan formar parte del haber partible, por cuanto éste, en todo caso, se incluye dentro de la herencia. A la vista de que ello es así, cabe excluir del haber partible los bienes y derechos que surgen con la muerte del titular o que se extinguen por la muerte de éste –los derechos personalísimos o las relaciones jurídico-familiares puras, por ejemplo–, así como los que tienen un destino predeterminado por la ley⁵⁵⁰. La razón que justifica la exclusión de estos bienes del haber partible reside en que no forman parte de la herencia misma.

⁵⁵⁰ Sobre este tipo de bienes, vid. el epígrafe 2.2.2 de este capítulo. CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 368), haciendo suya la opinión de DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, tomo III, cit., p. 422), considera que también han de excluirse de la partición los bienes robados, que, aún estando en la posesión del causante, no le pertenecen. No acertamos a comprender por qué estos autores excluyen estos bienes solamente en relación con la partición, cuando la realidad es que no forman parte de la herencia misma. De otro lado, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 139 y 140) reconoce que no resulta problemático que el testador disponga y parta bienes que son ajenos en el momento de la partición, si a su fallecimiento forman parte de su patrimonio. En el mismo sentido se pronuncia DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, cit., p. 214. Por último, entre los bienes *extra commercium* que no forman parte de la herencia, COVIÁN incluye: “los panteones o sepulturas de familia fundadas, ya en una capilla o propiedad privada, ya en un cementerio público”. Y, recogiendo lo que se disponía en Partidas 6, 2, 15 –“cosas malas así como ponçoñas, o mala yervas, o dañosas melecinas, o libros, o escrituras de encantaciones malas”–, hace una adaptación al momento en que escribe (cfr. voz “Partición de herencia”, cit., pp. 339 y 340).

3.2.2 Bienes excluidos del haber partible que forman parte de la herencia

A) Preliminar

La condición de los bienes de formar parte de la herencia, a efectos de poderse incluir dentro del haber partible, constituye una condición necesaria aunque no resulta suficiente. Así, existen bienes que, aún formando parte de la herencia, aun siendo bienes hereditarios, se han de excluir del haber partible: por ejemplo, aquellos de que el testador ha dispuesto a título singular, el *ius delationis* y las titularidades pasivas. Por tanto, para que un bien se incluya en el haber partible ha de reunir las dos condiciones apuntadas: formar parte de la herencia y no pertenecer a ninguno de los que a continuación se examinan⁵⁵¹.

B) Los bienes que han sido objeto de disposición a título particular

Un primer grupo de bienes de la herencia que se han de excluir del haber partible está formado por aquellos de que los testadores han dispuesto a título singular. La razón de que tales bienes se deban excluir reside en que los destinatarios de los mismos suceden al causante o causantes únicamente en la relación jurídica concreta objeto de la disposición a título singular. Así, como establece el artículo 882 del Código civil respecto del legado de cosa concreta y determinada, el legatario “*adquire su propiedad desde que aquel muere y hace suyos los frutos o rentas devengadas y no satisfechas antes de la*

⁵⁵¹ En las enumeraciones de bienes excluidos del haber partible efectuadas por la doctrina, tradicionalmente se han incluido algunos que la ley reputa indivisibles, a fin de evitar la atomización a que se verían expuestos de incluirse en la partición: los buques o naves, las minas, las casas baratas y las unidades mínimas de cultivo (cfr. COVIÁN, voz “Partición de herencia”, cit., p. 340, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, cit., p. 368, y SANCHO, “Partición de herencia”, cit., pp. 516, 582 y 583). Por lo que a tales bienes se refiere, y al margen de que las leyes que regulaban el régimen de alguno de ellos estén actualmente derogadas (*ad ex.* la Ley de 12 de junio de 1911 de casas baratas o la Ley reguladora de los patrimonios familiares de colonización de 15 de julio de 1952), es preciso anotar que son susceptibles de divisibilidad jurídica por lo que podrían ser incluidos en la partición.

muerte”⁵⁵². Como se colige, al tener estas relaciones jurídicas concretas un destino específico determinado por el testador o testadores, carece de sentido incluirlas en la partición que éstos realizan. Y ello, porque la función de la partición, como sabemos, consiste en rellenar las cuotas en que han sido instituidos los llamados a suceder de forma universal (arg. *ex art.* 660 Cc.), pero no en determinar el destino de las relaciones jurídicas de las que se dispuso particularmente.

C) El *ius delationis*

Junto con los bienes a que nos hemos referido, también hemos de hacer mención dentro del grupo de bienes de la herencia excluidos del haber partible al *ius delationis*, cuya transmisión viene regulada por el artículo 1.006 del Código civil a cuyo tenor: “*por muerte del heredero* –el testador o testadores, en nuestro caso– *sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”.

Como es conocido, este derecho de aceptar o repudiar la herencia deferida por el primer causante constituye un elemento patrimonial más del haber hereditario del llamado que no lo ejerce –el transmitente– que pasará a sus herederos –los transmisarios–. A este respecto, se ha de indicar que la doctrina mayoritaria considera que el *ius delationis* se transmite a través de la herencia del transmitente –el testador o testadores, en nuestro caso– y no de la del primer causante⁵⁵³. De ahí que se incluya entre los derechos que forman parte del caudal hereditario del transmitente –el testador o testadores–⁵⁵⁴.

⁵⁵² Aún cuando se acude a lo establecido por el artículo 882 Cc. a efectos de ejemplificar lo expuesto, no se ignora que no cabe identificar de modo general al sucesor a título particular con el legatario, a pesar de que el legado sea el tipo más importante de sucesión a título particular y de que el artículo 660 Cc. favorezca tal identificación (cfr. nota nº 16).

⁵⁵³ Cfr. ROCA SASTRE, “El derecho de transmisión”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 294-301, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 59 y 60; y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y PASCUAL DE LA PARTE, “Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis* (ex artículo 1.006 del Código civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario”, en *ADC.*, tomo XLIX-IV, octubre-diciembre, 1996, pp. 1541-1597. Defendiendo la opinión contraria,

La indicada transmisión opera *ex lege* a los herederos del transmitente – “*pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”–, de modo que no resulta susceptible de disposición. Por ello, el testador o testadores no pueden alterar o modificar el juego del *ius delationis* en forma diferente a cómo han hecho la institución. En efecto, el transmitente –en nuestro caso, uno de los testadores que no ha aceptado ni repudiado la herencia deferida a su favor– puede instituir como herederos en su herencia a las personas que considere conveniente. Sin embargo, de acuerdo con el texto transcrito del artículo 1.006 del Código civil, no puede, en sede de partición, “eliminar” el llamamiento de algún heredero instituido, localizando el *ius delationis* en la cuota de uno o varios herederos determinados⁵⁵⁵. En otros términos: el *ius delationis* –derecho hereditario que tiene un valor económico determinable–

vid., por todos, JORDANO FRAGA, *La sucesión en el ius delationis (Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa)*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 315 y ss.

⁵⁵⁴ Aunque la mayoría de la doctrina –con la que está de acuerdo la DGRN. (vid., por todas, la resolución de 20 de septiembre de 1967 –RJA. nº 4.367–)– entiende que el *ius delationis* es un elemento patrimonial más de la herencia del transmitente (vid., por todos, ROCA SASTRE, “El derecho de transmisión”, cit., pp. 297, 299 y 300; GITRAMA, “Comentarios al artículo 1.006 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. I, Edersa, Madrid, 1989, p. 286 y ALBALADEJO, “La sucesión *iure transmissionis*”, *ADC.*, tomo V-III, julio-septiembre, 1952, p. 965 donde especifica que “su valor es el valor de la herencia a la que da derecho”), existe una minoría doctrinal que opina lo contrario (cfr. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, “La transmisión del *ius delationis*”, en VVAA., *Homenaje a Juan Bchs. Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Junta de decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 469 y ss.).

⁵⁵⁵ En este sentido, LACRUZ y SANCHO estiman que “la transmisión del *ius delationis* a los herederos del llamado se verifica *ope legis* y no por voluntad del propio llamado. Es decir, que el transmitente es dueño de nombrar heredero a quien crea oportuno; pero (...) no puede destinar particularmente el llamamiento insito en su patrimonio, el cual pasa por ministerio de la ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean y no en otra”. Y también añaden que “el paso a los herederos es algo automático y ajeno a la voluntad del *transmitente*: por su muerte, pasa a sus herederos *el mismo derecho que él tenía*; por tanto, en la misma proporción en que son herederos, sin que la voluntad de su causante pueda cambiar esto” (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 40).

no puede incluirse como tal en ninguno de los lotes de la partición que eventualmente realice el transmitente⁵⁵⁶: el testador o testadores no pueden modificar el llamamiento realizado estableciendo, en sede particional, que unos herederos reciban el *ius delationis* –el derecho a aceptar o repudiar la herencia deferida– y otros no, como si de cualquier otro bien se tratase. La razón que impide a aquellos atribuir el *ius delationis* a una hijuela determinada estriba en que “*los suyos*”, a los que pasará el mismo derecho que aquellos tenían, según se establece en el artículo 1.006 del Código, se refiere a todos los que los testadores hayan instituido como herederos y en la proporción en que hayan sido llamados: a todos⁵⁵⁷. De esta forma, a diferencia de lo que sucede con el resto de los bienes, el testador no puede escoger la cuota o el lote en el que recaerá dicho *ius delationis* como tal⁵⁵⁸.

Si lo hace, es decir, si el transmitente –el testador o testadores– establece que el *ius delationis* se ha de incluir en un lote determinado, en realidad lo que está haciendo es aceptar tácitamente la herencia objeto del *ius delationis*, y, por tanto, lo que incluye en el lote de la partición no será tal *ius delationis* sino los bienes concretos que formaban parte de la herencia del primer causante y que, mediante la aceptación, han pasado a la del que hemos

⁵⁵⁶ Lo mismo sucede en una partición realizada por los coherederos (cfr. art. 1.000.1 Cc.). En este sentido, resultan muy elocuentes unas palabras de HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS quien resalta que “el *ius adeundi* es intangible y se hurta a cualquier manipulación por parte del transmitente; si lo toca, por poco que sea, se deshace y se convierte en herencia aceptada. Tal es la fragilidad del *ius delationis* que no sólo no cabe aceptarlo, pues se adquiere *ipso iure*, sino que el transmitente no puede renunciarlo abdicativamente ni desasirse de él de ninguna forma, pues no puede interrumpir la delación” (“La transmisión del *ius delationis*”, cit., p. 479).

⁵⁵⁷ Sobre la necesidad de que sea un llamamiento a título universal y no a título particular, vid., por todos, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, “La transmisión del *ius delationis*”, cit., pp. 477-480, donde recoge distintas opiniones doctrinales.

⁵⁵⁸ En sentido opuesto, esto es, admitiendo la disponibilidad del *ius delationis* en las transmisiones *mortis causa*, solo hemos encontrado la opinión de GARCÍA GARCÍA (*La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 269-276 y 389).

denominado como transmitente⁵⁵⁹. En este supuesto, no estaríamos ya ante la transmisión del *ius delationis*, al haber sido aceptada la herencia, sino ante una sucesión ordinaria en la que se incluyen los bienes que el testador o testadores –el transmitente o transmitentes– han heredado de otra persona –el primer causante–⁵⁶⁰.

De lo anterior se colige que el *ius delationis* –un elemento de la herencia del testador transmitente–, por su propia naturaleza, no puede incluirse en la partición que aquél realice –no forma parte del haber partible–, ya que supone no haber aceptado ni repudiado la herencia y se transmite *ex lege* a todos los transmisarios en la misma proporción en que han sido instituidos. Y es que si se dispone atribuyéndolo a una u otra cuota, incluyéndolo, por ejemplo, en un determinado lote, no existiría ya *ius delationis* porque se habría producido una aceptación tácita de la herencia.

⁵⁵⁹ El primer causante pudo haber efectuado la partición de su herencia entre sus herederos. Si uno de ellos ha fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia habrá transmitido a “los suyos” el *ius delationis* de la herencia del primer causante, que se concretará en los bienes específicos que le correspondían en la partición elaborada por el primer causante. Dando un paso más, resulta posible que el primer causante prevea el fallecimiento de un heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, y, tomando en cuenta esta posibilidad, realice la partición entre los que eventualmente serán sus transmisarios. Con todo, parece un supuesto poco probable en atención a que los transmisarios pueden no coincidir con los que el primer causante había previsto, por premoriencia, porque no aceptan la herencia del *ius delationis* o por cualquier otra circunstancia.

⁵⁶⁰ A la vista de lo anterior, y ante la imposibilidad del testador de incluir en la partición de su herencia el *ius delationis* de la herencia del primer causante como tal, se adivina que lo frecuente será que la partición de los bienes a que se refiere dicho *ius delationis* se efectúe por los transmisarios que la aceptan; será, por tanto, una partición por coherederos. Ello no impide que los transmisarios puedan aceptar la herencia de los transmitentes –los testadores– y repudiar la herencia objeto del *ius delationis*, ya que se trata de herencias distintas. Por tanto, el número de transmisarios que acudirá a la partición de dicha herencia puede variar respecto del número de los instituidos.

D) Las titularidades pasivas

También se excluyen del haber partible las llamadas titularidades pasivas, pues, aún cuando formen parte de la herencia, no se incluyen en el objeto de la partición en sentido propio⁵⁶¹. Ello se debe a que las titularidades pasivas únicamente sirven como meros datos para deslindar el haber partible⁵⁶². Se habrán de tener en cuenta para determinar los bienes que se distribuirán entre los herederos, aún cuando no se partan en sentido estricto. En efecto, como consecuencia del principio de *antes pagar que heredar*, para determinar el haber que forma parte del caudal partible resulta necesario tener en cuenta las titularidades pasivas: los créditos existentes contra el causante o causantes y también los que surjan como consecuencia de los gastos de la herencia, ya que por dichos conceptos se disminuirá el montante del haber que los testadores distribuirán entre los herederos⁵⁶³.

⁵⁶¹ Vid., al respecto, las sentencias de 7 de enero de 1986 (RJA. nº 99), 22 de marzo de 1990 (RJA. nº 1.719) y 26 de marzo de 1994 (RJA. nº 2.523). Por otra parte, como reconoce el Tribunal Supremo, “no dejaría de producirse el fenómeno sucesorio por el hecho de que en la composición del caudal relicto el pasivo fuese superior al activo, según lo evidencia el texto del artículo 659 del Código civil” (sentencia de 10 de noviembre de 1981 –RJA. nº 4.471–). En relación con la inclusión de las deudas tributarias en la herencia, vid. el artículo 39 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), y el artículo 10.4 del Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre).

⁵⁶² Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 195 y ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 140.

⁵⁶³ Como es conocido, en algunos supuestos es corriente asignar para el pago de deudas una de las hijuelas o lotes resultantes de la partición. En tal caso, los bienes que integran estas hijuelas destinadas para el pago de las deudas se incluyen en el haber partible, no así las deudas a las que van a hacer frente. Sobre esta materia, vid. los epígrafes 2.3 y 3.5 del capítulo primero.

3.2.3 Otros bienes excluidos del haber partible

A) Preliminares

Junto con los bienes que se excluyen del haber partible por no formar parte de la herencia y los bienes de ésta que se excluyen de dicho haber por otros motivos, a continuación examinaremos un tercer grupo de bienes que resulta un tanto heterogéneo. En este grupo podemos situar los bienes colacionables, los reservables y los sujetos a la reversión establecida en el artículo 812 del Código civil. Lo peculiar de los citados en primer lugar –los bienes colacionables– es que son bienes de los que ya han dispuesto los testadores pero que la ley permite tener en cuenta a la hora de determinar el haber partible. Y lo que caracteriza a los bienes objeto de las reservas o de la reversión *ex* artículo 812 Cc. es que su inclusión o exclusión de la herencia, y, por tanto, del haber partible, depende de la naturaleza que se le reconozca a los mismos. Veamos cada uno de ellos separadamente.

B) Los bienes colacionables

Según hemos avanzado, dentro de este grupo heterogéneo de bienes que se han de excluir del haber partible se encuentran los que hemos denominado como colacionables. Éstos, según dispone el artículo 1.035 del Código civil, serían “*los bienes y valores*” que el heredero forzoso “*hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo*”. Tales bienes donados por el causante o causantes a las personas que luego concurren a su herencia como herederos forzosos no se integran en el haber partible por cuanto que no se encuentran ya en el ámbito de disponibilidad del testador o testadores –exclusión que no impide que se deban tener en cuenta para el cómputo del *relictum* a efectos de la determinación de la legítima–. Tales bienes ya han sido objeto de disposición por el causante o causantes y por ello no se encuentran en su patrimonio⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ Aun cuando los referidos bienes podrían incluirse en el grupo de los que no forman parte del haber partible por no pertenecer a la herencia misma, tal y como hace ARMERO DELGADO (cfr. *Testamentos y particiones*, tomo I, cit., p. 27), los incluimos en el presente grupo por las especiales razones que a continuación se exponen en el texto.

Siendo lo anterior así, y a pesar de que los indicados bienes no pertenezcan ya a los testadores, y, por ello, no puedan ser partidos en sentido estricto, pueden ser tenidos en cuenta en la partición que aquellos efectúan⁵⁶⁵. Según establece el artículo 1.035 Cc., cuando un “*heredero forzoso concurra con otros que también lo sean a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria*” los referidos bienes para computarlos “*en la cuenta de partición*”. Aplicando lo dispuesto en el artículo transcrito a la partición por testador, se deduce que los testadores podrán efectuar la distribución particional contando con los citados bienes, de tal modo que, al heredero o herederos forzosos que en vida del causante hayan recibido los bienes que se traen a colación, les atribuirán en la partición bienes por el valor que reste para completar la cuota en que han sido instituidos⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 451, y DOMENECH, voz “Partición de herencia”, en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989, p. 28. Abonan la solución que comentamos los términos en que se expresan los artículos 1.035 y 1.045 del Código. El primero dispone que “*deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido (...) para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición*”. Y el segundo establece que “*no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios*”. Vid., asimismo, lo dispuesto por la sentencia de 19 de julio de 1982 (RJA. 4.256). Únicamente en el sentido señalado cabe decir que los bienes colacionables “*umentan*” o “*forman parte*” de la masa o el haber partible. Estimando la colación como operación particional, vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 89 y 90.

⁵⁶⁶ A este respecto, vid. el artículo 1.047 Cc. que dispone que “*el donatario tomará de menos en la masa hereditaria, tanto como ya hubiese recibido...*”. Junto con ello, no se ha de olvidar que la colación y su posible dispensa (cfr. arts. 1.035 y 1.036 Cc.) sólo se refieren a la composición del caudal partible –que el bien de que se trate se tenga en cuenta o no en él–, sin que afecten a la donación realizada: la colación no implica sujetar el bien donado a condición alguna. De otra parte, según resaltó la sentencia de 19 de julio de 1982 (RJA. 4.256) la colación implica “*una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia*”.

Con todo, lo dispuesto por el artículo 1.035 Cc. no tiene carácter absoluto, ya que los testadores pueden dispensar a los herederos forzosos de la colación de dichos bienes y efectuar la distribución particional como si tal donación no hubiera existido (cfr. art. 1.036 Cc.)⁵⁶⁷. En tal caso, el heredero beneficiado en vida del causante por tal donación recibirá en la partición lo que le corresponda en función de la cuota en que ha sido instituido, sin tenerse en cuenta los bienes que le hayan sido donados y cuya colación ha sido dispensada. Respecto de esta posibilidad, el artículo 1.036 Cc. aclara que “*la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente*”⁵⁶⁸. En lo que ahora interesa, la consecuencia de dicha dispensa, como hemos visto, es de suma importancia ya que implica modificar la distribución que realizan aquellos. En efecto, si los testadores, de acuerdo con el artículo 1.036 Cc., declaran algunos bienes como no colacionables, éstos no computan en el haber partible, de modo que el heredero podrá recibir otros hasta cubrir la cuota en que le instituyeron los testadores. Así pues, como se comprueba, la calificación de unos bienes como colacionables, de tal modo que sean tenidos en cuenta en la partición aunque no formen parte del haber partible en sentido estricto, tiene notable importancia cuando de la distribución de los bienes entre los herederos se trata⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ El Código civil también dispensa la colación de los gastos a que se refiere el artículo 1.041 Cc., recientemente modificado por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Asimismo, el Código civil dispone que los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación se deben a la masa hereditaria desde la apertura de la sucesión (cfr. art. 1.049 Cc.). Respecto de la interpretación de dicho artículo, vid. MUÑOZ GARCÍA, *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 175-180.

⁵⁶⁸ La dispensa de la colación no impide que las donaciones efectuadas puedan ser, en su caso, reducidas *iure inoficiositatis* (cfr. VILLAGÓMEZ RODIL, “Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2000, p. 479).

⁵⁶⁹ Respecto del colacionante se efectúa una “adjudicación en vacío”: se imputa a su parte lo que ya ha recibido (cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 145).

Pues bien, en lo que atañe a la dispensa de colación, el precepto en cuestión indica que ha de ser expresa. Así, si el testador o testadores de modo expreso señalan tal dispensa no se planteará problema alguno: los bienes objeto de la misma no se tendrán en cuenta en la partición. Los testadores por tanto, rectifican la función que la donación tendría en la futura distribución de los bienes entre los herederos forzosos excluyendo la colación de los bienes donados⁵⁷⁰. Siendo ello así, a nuestro modo de ver, cuando el Código civil indica que la dispensa debe ser *expresa* no exige necesariamente que se haya de utilizar dicho término ni que deba efectuarse de forma solemne⁵⁷¹. En tal sentido, estaríamos en un caso de dispensa expresa cuando el testador se refiera a ella con otros términos diferentes y ordene que no se traigan a colación los bienes⁵⁷²: así, por ejemplo, cuando indique claramente que la donación efectuada es *extra partem partitionis*.

⁵⁷⁰ Cfr. ROCA JUAN, “Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 37.

⁵⁷¹ A la vista de que el Código civil no exige una forma determinada, la mayoría de la doctrina considera que la dispensa puede realizarse de modo simultáneo al acto de donación – en la misma donación– o con posterioridad a ella, ya sea en testamento o en un acto *inter vivos* posterior; acto que, según la mayor parte de los autores, ha de reunir, a pesar de que nada indique el Código civil, unas condiciones formales similares a las de la donación: *ad ex.* una escritura pública. Son de este parecer, entre otros, MUÑOZ GARCÍA, *La colación como operación previa a la partición...*, cit., p. 134, VILLAGÓMEZ RODIL, “Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, cit., p. 479 y ROCA JUAN, “Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, cit., p. 41. De otra parte, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, tomo IV, cit., pp. 539 y 540) y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*La colación*, cit., pp. 242-244) no admiten que la dispensa se pueda efectuar en un acto *inter vivos* posterior.

⁵⁷² A lo que parece, lo importante es que la dispensa conste de forma inequívoca e indubitada (VILLAGÓMEZ RODIL, “Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, cit., p. 479): que no ofrezca duda y sea clara, ya esté expresada por palabras como por acciones concluyentes, sin exigirse fórmulas preestablecidas (vid., por todos, MUÑOZ GARCÍA, *La colación como operación previa a la partición...*, cit., p. 133). Por su parte, ROCA JUAN (“Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, cit., p. 38 y 41) no se muestra totalmente conforme con el carácter expreso de la dispensa aun cuando reconozca que *lege data* haya de ser así.

Con todo, lo que, en nuestra opinión, no habría de admitirse es la posibilidad de una dispensa implícita; esto es, que el testador o testadores no hagan referencia alguna a la misma y efectúen la distribución particional contando con tal dispensa. En tales supuestos, y a salvo el juego de los artículos 158.1 LDCG. y 1.075 Cc. que limitan la rescisión por lesión en la partición por testador, los herederos podrían exigir la colación de los bienes.

C) Los bienes reservables

En segundo lugar, cabe referirse a los bienes objeto de las reservas, cuya regulación está contenida en el artículo 811 del Código civil, por lo que a la reserva lineal se refiere, y en los artículos 968 y siguientes del mismo Cuerpo legal, respecto de la reserva vidual.

En lo atinente a la reserva lineal, el artículo 811 del Código civil dispone que *“el ascendiente –el testador o testadores en nuestro caso– que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”*⁵⁷³.

Dejando de lado los debates doctrinales que la interpretación del precepto transcrito ha suscitado, en lo que ahora importa y respecto de la exclusión o inclusión de los bienes reservables en el haber partible del reservista –el ascendiente que hereda de su descendiente; en nuestro caso, el testador o testadores–, en el presente trabajo, de entre las distintas construcciones elaboradas por los autores, se asume la de VALLET, por cuanto que, a nuestro

⁵⁷³ Un resumen de las diversas cuestiones doctrinales que han originado los preceptos a que nos referimos en el texto –naturaleza jurídica, etc.–, puede verse en VALLET, “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, cit., pp. 17-19 y 21-23, y también en “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil”, *ADC.*, tomos X-II, abril-junio, 1957, pp. 327-392, X-III, julio-septiembre, 1957, pp. 693-752, X-IV, octubre-diciembre, 1957, pp. 1057-1120, XI-III, julio-septiembre, 1958, pp. 649-766, XII-III, julio-septiembre, 1959, pp. 753-846 y XIII-III, julio-septiembre, 1960, pp. 679-880.

modo de ver, es la que resulta más completa y la que ofrece mejor solución en este punto.

Asumiendo la opinión del citado autor, cabe referirse a dos supuestos diferentes. Primero: cuando los únicos llamados a la sucesión del reservista – el ascendiente que hereda los bienes del descendiente– son los beneficiarios de la reserva: los reservatarios; esto es, los “*parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden*”. En este caso, los bienes reservables se entenderán incluidos en la herencia y en el haber partible de aquél. De este modo, el testador o testadores reservistas podrán incluir los bienes objeto de la reserva en la partición de la herencia que efectúen.

Y segundo: cuando junto a los reservatarios existen otros herederos del reservista que no proceden de la línea de origen de los bienes reservables. En este caso se hace preciso distinguir entre ambos grupos de herederos, pues para unos los bienes reservables se habrán de tener en cuenta –reservatarios– y para otros no⁵⁷⁴.

A modo de conclusión: en relación con los reservatarios, los bienes reservables formarán parte de la herencia y del haber partible del reservista – el testador o testadores que efectúan la partición–, a diferencia de lo que sucede respecto de los herederos del reservista que no sean reservatarios⁵⁷⁵. O dicho en otros términos: los bienes reservables serán excluidos o incluidos en

⁵⁷⁴ De igual forma, las bases para el cálculo de las legítimas que corresponden a los reservatarios y a los eventuales legitimarios no reservatarios, serán diferentes: en el primer caso se incluirán los bienes reservables, a diferencia de lo que sucederá respecto de los no reservatarios.

⁵⁷⁵ En la sentencia de 8 de abril de 1931 (RJA. nº 2.003) el Tribunal Supremo señaló que sobre los bienes reservables el testador no tiene “el dominio absoluto a virtud de las reservas”. Argumento en el que dicho Tribunal toma apoyo para –a nuestro modo de ver, equivocadamente, habida cuenta de que en ella no se distinguen los supuestos a que nos referimos en el texto– excluirlos, sin más, de la herencia: “no forman parte integrante de los demás que propios de la testadora –reservista– constituyen su herencia”.

la herencia y en el haber partible del reservista en función de quienes sean los herederos.

Para los supuestos de reserva vidual, el Código civil dispone que deben reservarse por “*el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio*” –el testador, en nuestro caso– los bienes que “*haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales*” para “*los hijos y descendientes del primero*” (art. 968 Cc.)⁵⁷⁶.

De nuevo, y por lo que a la inclusión-exclusión de bienes en la herencia y en el haber partible se refiere, según la opinión mantenida por VALLET, cabe entender que los bienes se incluyen en la herencia y en el haber partible del reservista-testador en relación con los reservatarios, mientras que para los descendientes no reservatarios no se habrán de tener en cuenta tales bienes: se entenderán excluidos de la herencia –y, por tanto, del haber partible–. En efecto, los bienes objeto de la reserva vienen a ser para estos últimos como una suerte de masa indisponible al margen de su herencia que sólo computa a efectos de legítimas en la herencia de los reservatarios⁵⁷⁷.

Así las cosas, y según hemos avanzado, tanto en los casos de reserva lineal (art. 811 Cc.) como en los de reserva vidual (arts. 968 y ss. Cc.), el testador o testadores reservistas pueden hacer una distribución-partición de los bienes reservables entre los reservatarios, no así entre los herederos no reservatarios, ya que para éstos constituyen unos bienes al margen de la herencia. Esta posibilidad de que los bienes objeto de la reserva sean partidos resulta referible a ambos tipos de reserva, aún cuando aparezca de forma más clara en el caso de la reserva vidual, dada la redacción del artículo 972 del Código civil que permite al reservista mejorar en bienes reservables a hijos o

⁵⁷⁶ La resolución de la DGRN. de 14 de abril de 1969 (RJA. nº 4.172) reconoció, sin efectuar distinción alguna, que los bienes objeto de la reserva forman parte de la herencia del reservista.

⁵⁷⁷ Cfr. VALLET, “Aspecto cuantitativo de las legítimas”, cit., pp. 17-21.

descendientes del primer matrimonio: los reservatarios⁵⁷⁸. En efecto, si el Código habilita al reservista para mejorar, parece lógico entender que también puede realizar la partición de dichos bienes. En estos supuestos, como decimos, los bienes objeto de la reserva formarán parte del haber partible únicamente en relación a los reservatarios.

D) Las donaciones del artículo 812 del Código civil

Por último, dentro de este grupo heterogéneo de bienes a que nos estamos refiriendo, cabe incluir también los sujetos a la reversión establecida por el artículo 812 del Código civil. Como es conocido, este precepto regula la reversión de los bienes donados por los ascendientes a sus hijos o descendientes –el testador o testadores, en nuestro caso– si éstos mueren sin posteridad y si existen tales bienes en su sucesión, estableciendo que aquellos –los ascendientes– “*sucedan con exclusión de otras personas en las cosas dadas*”⁵⁷⁹.

Esta preferencia que el artículo 812 Cc. otorga a los ascendientes respecto de las cosas donadas constituye, según un sector de la doctrina, una sucesión singular y anómala que sigue unos cauces distintos a los de la sucesión ordinaria⁵⁸⁰. De ser ello así, los bienes donados quedarían excluidos de la

⁵⁷⁸ En particular, el artículo 972 Cc. dispone que “*a pesar de la obligación de reservar, podrá el padre, o madre, segunda vez casado, mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823*”.

⁵⁷⁹ El artículo 812 del Código civil también dispone que, si se han enajenado los referidos bienes, los ascendientes “*sucedrán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubiesen vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió*”.

⁵⁸⁰ Cfr. DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, tomo VIII, cit., pp. 400 y 401; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XIV, revisado y puesto al día por Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1944, p. 362; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cit., pp. 216 y 217; y ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, tomo I, cit., pp. 413 y 414.

herencia del descendiente –el testador o testadores–, y, por tanto, de su haber partible, no computando tampoco para la determinación de la cuantía de las legítimas⁵⁸¹. De acuerdo con dicha opinión, el testador o testadores no podrían incluir tales bienes en su partición⁵⁸².

Aunque ésta sea la opinión que defiende la mayoría de la doctrina –los bienes donados constituyen una sucesión singular y anómala–, no faltan autores que discrepan de ella. En efecto, algunos –cuya opinión compartimos– consideran que los objetos donados a que se refiere la reversión del artículo 812 Cc. forman parte de la sucesión hereditaria ordinaria, aunque, por mandato de la ley, vayan destinados únicamente a los ascendientes⁵⁸³. De esta manera, los bienes donados computarían en la determinación de las legítimas –en el caso de que el legitimario fuese el ascendiente donante no se imputarían a ella, por ser títulos sucesorios diferentes–⁵⁸⁴ y se podrían incluir

⁵⁸¹ Cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. II, cit., pp. 526 y 528.

⁵⁸² Como se colige, en el caso de que los descendientes mueran con posteridad, los bienes a que se refiere el artículo 812 Cc. se incluirán en el haber partible del testador o testadores, quienes los podrán distribuir libremente (arg. ex art. 812 Cc.)

⁵⁸³ Como se aprecia, respecto de la naturaleza jurídica de la reversión ex art. 812 Cc. no hay unanimidad en la doctrina. Así, junto con lo expuesto, cabe señalar que, en el ámbito doctrinal, se ha defendido –entre otras tesis– que constituye una donación sometida a condición resolutoria que está al margen de la herencia (PÉREZ ARDÁ, “Alrededor del artículo 812 del Cc.”, *RGLJ.*, tomo CXII, 1908, pp. 122 y 125 y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. II, 2ª edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 1046 y ss., especialmente la p. 1047), que es un legado legal (LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1973, p. 72), que es una reserva troncal (OTERO VALENTÍN, voz “Legítima”, en *VVAA.*, *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXI, Barcelona, 1910, p. 245), o, en fin, que es una sucesión contractual tácita (MEZQUITA DEL CACHO, “Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes”, *ADC.*, tomo XI-I, enero-marzo, 1958, pp. 21 y ss., en especial las pp. 42-46).

⁵⁸⁴ Cfr. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, cit., pp. 395 y ss., en especial las pp. 401 y 414 y LÓPEZ GARZÓN, “La reversión legal de donaciones”, *ADC.*, tomo XII-III, julio-septiembre, 1954, pp. 928, 933, 934 y ss.

en el haber partible del testador o testadores. Sin embargo, aun cuando los bienes donados formen parte de la herencia, y, a nuestro modo de ver, también del haber partible, es la ley la que establece los destinatarios concretos de tales bienes. De ahí que, aun incluyéndose en el haber partible, los testadores no tengan la misma libertad en la partición que efectúen para incluirlos en uno u otro lote: los bienes donados objeto de reversión únicamente pueden integrar el lote de los destinatarios determinados por el Código civil. Por tanto, se incluirían en la partición pero no se podrían atribuir libremente a una u otra cuota⁵⁸⁵.

Según cabe deducir de lo referido, dependiendo, pues, de la opinión que se mantenga, los bienes objeto de reversión se incluirán o no en la herencia y en el haber partible del testador o testadores.

3.2.4 Conclusión

Expuesto lo que antecede, a modo de conclusión cabe afirmar que, tomando apoyo en el contenido de la herencia ya señalado –la herencia comprende las relaciones jurídicas transmisibles del causante que no se extingan a su muerte–, en todo caso se hace necesario proceder a una ulterior delimitación a efectos de precisar los bienes de la herencia que se han de incluir o se han de excluir del haber partible. Éste, como se deduce de lo reseñado, vendrá constituido por todos los bienes de la herencia del causante excepto los que hayan sido objeto de disposición por los testadores a título singular, el *ius delationis*, las titularidades pasivas, y, según qué casos, los bienes reservables y los que son objeto de la reversión establecida en el artículo 812 Cc. Así pues, la partición de la herencia –en nuestro caso, la partición conjunta realizada por los cónyuges testadores– englobará los bienes hereditarios de ambos con excepción de los bienes que se han indicado. En dicho ámbito los testadores podrán, en virtud de su condición de titulares de

⁵⁸⁵ En los supuestos en que existan bienes sujetos a reversión, resulta muy conveniente que el descendiente determine en el testamento cuáles son, a efectos de facilitar las operaciones particionales (cfr. LÓPEZ GARZÓN, “La reversión legal de donaciones”, cit., p. 924).

relaciones jurídicas, disponer y partir a su voluntad, dentro de los límites establecidos por la ley. Y en dicho ámbito, esto es, en la determinación precisa de los bienes que forman parte de la herencia de cada cónyuge, es donde tienen incidencia los diversos regímenes económico-matrimoniales que pasamos a estudiar.

3.3 Delimitación positiva del haber partible: los bienes incluidos

3.3.1 Preliminares

En el apartado anterior hemos delimitado de forma negativa el haber partible precisando los bienes de la herencia que se han de excluir del mismo. Pues bien, teniendo en cuenta tales indicaciones, en cada uno de los casos en que se vaya a realizar la partición resulta necesario determinar de modo concreto los bienes que integran la herencia y el haber partible de cada uno de los causantes, que, como sabemos, se habrá de extender, en principio, a todas las relaciones jurídicas de que sean titulares cada uno de ellos, con las condiciones que páginas atrás señalamos. Pues bien, en esta operación tienen una especial incidencia las dos instituciones a las que dedicaremos el presente apartado: los regímenes económico-matrimoniales –recuérdese que el matrimonio se erige en requisito inexcusable para poder efectuar de modo conjunto la partición por testador (cfr. art. 157 LDCG.)–, y las sustituciones, bien sea vulgar, pupilar, ejemplar o fideicomisaria⁵⁸⁶.

En lo atinente a la primera de las instituciones citadas, de entrada, cabe apuntar que el régimen económico por el que se rija dicho matrimonio, y, en especial, la liquidación de éste, tiene gran importancia en la determinación del patrimonio de cada cónyuge, y, por tanto, en la determinación de lo que constituirá su herencia y su haber partible. A través de la indicada operación

⁵⁸⁶ Todo el proceso lógico para delimitar el objeto de la partición que estamos desgranando en estas páginas –determinación de los bienes incluidos y excluidos de la herencia, y con base en ello, delimitación negativa y positiva del haber partible–, suele efectuarse, de una vez, en la operación particional de inventario a que nos hemos referido en el capítulo primero. Valgan, pues, estas explicaciones, para complementar lo que allí se señala.

se puede fijar de modo definitivo qué bienes de los sujetos al régimen económico de que se trate corresponden a cada uno de los cónyuges al término del mismo, y, por tanto, se podrá delimitar los bienes que forman parte de sus herencias, y, sobre tal base, los que constituyen el haber partible⁵⁸⁷.

Así las cosas, el artículo 112 de la Ley de Derecho Civil de Galicia establece que los regímenes económico-matrimoniales se pueden configurar a voluntad de los cónyuges. Con apoyo en el citado precepto resulta posible crear multitud de regímenes económicos con reglas diferentes en cuanto a su liquidación, aportación de bienes o administración. Por esta razón, en el presente trabajo únicamente estudiaremos los tres regímenes regulados específicamente por el Código civil: el régimen de sociedad de gananciales, el de participación en las ganancias y el de separación de bienes. Tales regímenes los estudiaremos desde la perspectiva que ahora nos incumbe: la determinación positiva del haber que cada uno de los testadores puede partir. Siendo ello así, y dado que el régimen de sociedad de gananciales es el que rige entre los cónyuges a falta de disposición expresa en contrario (cfr. art. 112 LDCG.), nos detendremos en su estudio. Tal detenimiento viene además justificado porque dicho régimen es el más habitual en la práctica, tanto en Galicia como en la mayor parte de España⁵⁸⁸.

Por el camino indicado, terminaremos este apartado haciendo una referencia a la repercusión que, en la determinación positiva del haber partible, tiene cada uno de los tipos de sustitución que el Código civil regula.

⁵⁸⁷ Aun cuando la liquidación del régimen económico-matrimonial tiene gran importancia en la determinación del haber partible del o de los causantes que estén casados, tanto si efectúan individualmente la partición como si la realizan de modo conjunto, en el presente apartado estudiaremos esta materia refiriéndola a la partición conjunta, pues no es otro el objeto de este trabajo.

⁵⁸⁸ Constituye una excepción Cataluña: vid. art. 10 del Código de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio.

3.3.2 Los regímenes económico-matrimoniales

A) Sociedad de gananciales

a) El régimen jurídico de la sociedad de gananciales. Su extinción y liquidación.

Con carácter previo al examen detenido de la incidencia del régimen de sociedad de gananciales en la delimitación del haber partible de los cónyuges testadores, recordaremos las notas y características del mismo, así como de su extinción y liquidación, que resulten imprescindibles para una adecuada comprensión de la citada incidencia.

En tal sentido, cabe apuntar, de entrada, que el régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales tiene como característica específica que se hacen “*comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla* –la sociedad de gananciales–” (cfr. art. 1.344 Cc.). Es decir, constante matrimonio existe una masa común de bienes que pertenecen a ambos cónyuges y que se dividirá por mitad a la finalización de dicho régimen. De acuerdo con ello, y aunque la sociedad esté formada únicamente por dos personas –los cónyuges–, pueden existir, y suelen existir, más de dos masas patrimoniales sujetas a distintos regímenes: los bienes privativos de un cónyuge, los bienes privativos del otro y la masa común de bienes de ambos –masa ganancial–⁵⁸⁹. Las reglas para la determinación de qué

⁵⁸⁹ Como apunta VICENTE DÍAZ, esta masa ganancial está “dotada de autonomía, pero sin personalidad jurídica propia” (“La liquidación de la sociedad de gananciales”, cit., p. 2542). Respecto de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales no existe una opinión doctrinal o un criterio jurisprudencial unánime, siendo mayoritaria actualmente la de que constituye una comunidad germánica sobre un patrimonio relativamente autónomo y separado. Para tener una idea cabal del debate doctrinal existente sobre la naturaleza jurídica de dicha sociedad y sus notas definitorias, vid. HERNÁNDEZ RUEDA, “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 809-832, y la bibliografía que allí se cita.

bienes corresponden a cada una de las masas patrimoniales indicadas, así como el régimen jurídico que les resulta aplicable, se establecen en los artículos 1.346 y siguientes del Código civil, cuyo examen no realizaremos aquí. Sin embargo, sí queremos apuntar que la principal diferencia que existe en cuanto al régimen jurídico de las diferentes masas patrimoniales estriba en que, mientras que en relación con los patrimonios privativos cada uno de los cónyuges tiene la plena titularidad de los bienes que lo integran, pudiendo disponer individualmente y en cualquier momento de ellos –en algún caso tales bienes pueden verse afectos al pago de deudas de la sociedad (cfr. art. 1.319 Cc.⁵⁹⁰)–, en lo que se refiere al patrimonio ganancial el régimen aplicable a los bienes que lo integran es el de comunidad germánica⁵⁹¹.

Ello determina que la cuota que cada uno de los cónyuges tiene sobre el patrimonio ganancial no recae sobre la mitad de cada bien sino sobre todo el patrimonio en su conjunto, concretándose en bienes determinados en el momento de la liquidación⁵⁹². En coherencia con lo anterior, la regla general para la gestión y disposición de los bienes gananciales es, en defecto de pacto en capitulaciones, la que se contiene en el artículo 1.375 del Código civil –“*corresponde conjuntamente a los cónyuges*”–, sin perjuicio de los casos especiales que el Código regula a continuación de dicho precepto⁵⁹³. De esta

⁵⁹⁰ Sobre esta materia, vid. el estudio jurisprudencial de YÁÑEZ VIVERO, “Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *ADC.*, tomo LIII-II, abril-junio, 2000, pp. 553-626.

⁵⁹¹ Esta realidad ha sido puesta de manifiesto en muchas ocasiones por la DGRN., ya desde su resolución de 13 de septiembre de 1922 (JC. tomo CLVII nº 25). Vid., también, entre otras, las sentencias de 12 de junio de 1990 (RJA. nº 4.754) y de 29 de abril de 1994 (RJA. nº 2.946). Y, en la doctrina, vid., por todos, LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., pp. 392-394.

⁵⁹² Vid., sobre este aspecto y entre otros muchos, GARRIDO DE PALMA, “La sociedad de gananciales y el régimen de participación en las ganancias. Notas sobre un estudio comparativo”, *RGLJ.*, tomo CCLVIII, nº 3, marzo, 1985, pp. 419 y 420.

⁵⁹³ El Código civil establece algunas excepciones al principio de cogestión en los artículos 1.377, 1.378, 1.382, 1.383, 1.386, 1.387 y 1.388. Tras sentar la regla general en el artículo 1.375 Cc. a continuación recoge un buen número de excepciones a la misma.

forma, se puede concluir que los cónyuges, como regla general, no pueden disponer individualmente de bienes concretos de la sociedad ganancial, ya que, al no tener la plena titularidad sobre ellos, estarían disponiendo de algo en parte propio y en parte ajeno (cfr. arts. 1.375 y ss. Cc.)⁵⁹⁴. Lo anterior no obsta para que cada uno de los cónyuges disponga de su cuota de gananciales de forma genérica (arg. ex art. 1.379 Cc.), y, mediando común acuerdo, para que ambos dispongan de bienes concretos del patrimonio conyugal.

Sentadas estas notas fundamentales relativas al régimen de la sociedad de gananciales, hemos de indicar que esta comunidad ganancial de bienes, que sigue el modelo de la comunidad germánica, está llamada a extinguirse y a ser liquidada (arg. ex art. 1.344 Cc.). El procedimiento para determinar la extinción de la comunidad ganancial y proceder a su liquidación viene establecido por el propio Código civil en los artículos 1.392 y siguientes. Así, en los artículos 1.392 Cc. y 1.393 Cc. se recogen las causas de disolución de la sociedad, bien sean de pleno derecho –por separación judicial, disolución o nulidad del matrimonio, o por pacto entre los cónyuges–, bien por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges por concurrir en el otro cónyuge determinadas circunstancias tales como la incapacitación, la prodigalidad, la ausencia o el incumplimiento grave y reiterado de algunos deberes matrimoniales, entre otros⁵⁹⁵. Una vez extinguida y disuelta la sociedad conforme regulan los citados preceptos, se procede a la liquidación de la misma (cfr. art. 1.396 Cc.)⁵⁹⁶. Operación que puede efectuarse por los mismos

⁵⁹⁴ Así, a modo de ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no considera prueba suficiente de dominio la certificación de que los bienes forman parte de la comunidad ganancial a efectos de que uno de los cónyuges pueda ejercitar una tercera de dominio. Cfr., en tal sentido, la sentencia de 12 de junio de 1990 (RJA. nº 4.754).

⁵⁹⁵ El momento en que se produce la disolución de la sociedad es diferente según la causa que la origine (arg. ex art. 1.394 Cc.): si la causa de la disolución es la muerte habrá de atenderse a la fecha del fallecimiento que conste en el Registro Civil (art. 84 LRC.); si la disolución se fundamenta en una declaración de fallecimiento al momento en que goza de firmeza dicho auto (art. 195 Cc.). Para el resto de las causas de disolución de la sociedad, vid. MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 151-153.

⁵⁹⁶ Cfr. nota nº 67.

cónyuges –liquidación contractual⁵⁹⁷, por un contador-partidor nombrado al efecto –liquidación por contador-partidor⁵⁹⁸, por un tercero arbitrador, o por

⁵⁹⁷ Habida cuenta de que la sociedad de gananciales está formada por dos partes –los cónyuges–, en principio parece que la liquidación que puedan efectuar tendrá la condición de negocio bilateral: para su conclusión será necesaria la participación de ambas partes, al no poder atribuirse una sola las facultades de la otra y dividir por sí la sociedad; en tal caso, estaría actuando sobre algo ajeno (cfr. las resoluciones de la DGRN. de 1 de octubre de 1984 –RJA. nº 5.183– y 14 de marzo de 1991 –RJA. nº 2.540–). De lo anterior, se colige que el testador no podrá hacer unilateralmente dicha liquidación: habrán de realizarla ambos cónyuges, o, en caso de fallecimiento, sus causahabientes. Para la aprobación de esta liquidación contractual se exige unanimidad y la capacidad necesaria para contratar: mayor edad y libre administración de los bienes (cfr. art. 322 Cc.).

⁵⁹⁸ A pesar de las objeciones teóricas que presenta (cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 5ª edición, cit., p. 132 y ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, tomo III, 7ª edición, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 750 y 751), desde hace tiempo, la generalidad de la doctrina (vid., por todos, ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, “Comentarios al artículo 1.057 Cc., párrafo primero”, cit., p. 234) y la jurisprudencia han venido admitiendo, por motivos de índole práctica, que el contador-partidor nombrado para hacer la partición de la herencia pueda realizar la liquidación de la sociedad de gananciales junto con el cónyuge supérstite o los causahabientes de éste (cfr. la sentencia de 10 de enero de 1934 –RJA. nº 35–, la de 17 de abril de 1943 –RJA. nº 418– y las resoluciones de la DGRN. de 12 de noviembre de 1895 –JC. tomo LXXVIII nº 42– y 26 de febrero de 1906 –JC. tomo CIII nº 72–, entre otras). Lo que no se permite en ningún caso es que realice él sólo la liquidación, pues, entonces, estaría asumiendo de forma ilegítima el papel de todos los miembros de la sociedad (cfr. las resoluciones de la DGRN. de 31 de enero de 1912 –JC. tomo CXXIII nº 40–, 22 de agosto de 1914 –JC. tomo CXXXI nº 51– y la de 6 de marzo de 1923 –JC. tomo CLVIII nº 102–, entre otras. Vid., también, la sentencia de 23 de octubre de 1997 –RJA. nº 7.335– en la que se reconocía la posibilidad de intervención implícita del cónyuge viudo en la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada por el contador-partidor, y la sentencia de 20 de febrero de 2002 –RJA. nº 2.893–). VALLET, sin embargo, admite tal posibilidad tras el fallecimiento de los dos testadores si ha sido nombrado por ambos para realizar la partición de la herencia (*Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 749). Vid., también, el peculiar supuesto recogido en la resolución de la DGRN. de 12 de abril de 1951 (RJA. nº 1.145). Por último, cabe indicar que, mientras que un contador-partidor nombrado para efectuar la partición de la herencia puede realizar la liquidación de la sociedad, al ser ésta una operación previa e imprescindible para la determinación del haber partible, un contador-partidor nombrado para efectuar la liquidación de la sociedad no estará facultado para la realización de la partición de la herencia.

el mismo juez, cuando los cónyuges no se “entendieren sobre el modo de hacer” la liquidación (art. 1.059 Cc. por remisión del 1.410 Cc.)⁵⁹⁹. En ella se determinará el montante de la cuota ganancial –siempre que tras el pago de las deudas y el abono de las indemnizaciones y reintegros correspondientes exista remanente (cfr. art. 1.404 Cc.)– y los bienes concretos que corresponden a cada uno de los cónyuges, que, desde dicho momento, pasarán a formar parte de su haber privativo, rigiéndose por el régimen jurídico propio de este haber: desde entonces cada cónyuge tendrá la plena titularidad sobre tales bienes, salvo que se acuerde el mantenimiento de una comunidad ordinaria respecto de todos o de parte de los mismos⁶⁰⁰.

Con todo, no suele ser frecuente que esta liquidación se realice inmediatamente después de la disolución de la sociedad⁶⁰¹. Por tal motivo, en el lapso de tiempo que media entre la disolución de la sociedad y la liquidación y adjudicación de los bienes a cada uno de los cónyuges, surge la

⁵⁹⁹ Cfr. arts. 806 a 811 LEC. En relación con los distintos cauces procedimentales para realizar la liquidación, con referencia a la vigente LEC. y a la anterior, vid. REBOLLEDO VARELA, “La liquidación de la sociedad de gananciales: ¿ejecución de sentencia, juicio de testamentaria, o declarativo?: art. 91 Cc.; arts. 1.054 y ss. LEC.”, en VVAA., *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 327-371, y “La liquidación del régimen económico-matrimonial” en VVAA., *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 208-213.

⁶⁰⁰ También se pone fin a la sociedad de gananciales mediante su transformación en otra comunidad de bienes (vid. la sentencia de 16 de diciembre de 1993 –RJA. n° 10.097–, y, en la doctrina, a modo de ejemplo, BAS Y RIVAS, “La renuncia a los efectos de la sociedad legal de gananciales, a la propia sociedad y a su subsistencia”, *RDP.*, tomo XXXIII, n° 391, octubre, 1949, p. 848). Siendo ello así, las sentencias de 9 de julio de 1940 (RJA. n° 691) y 16 de abril de 1942 (RJA. n° 468 bis) exigen acuerdo expreso para proceder a la transformación de la sociedad.

⁶⁰¹ La fecha a tomar en cuenta para la valoración de los bienes es la de la liquidación de la sociedad y no la de su disolución (cfr. la sentencia de 23 de diciembre de 1993 –RJA. n° 10.113–). Vid., también, los artículos 1.397 y 1.398 Cc. en los que se hace referencia al importe “actualizado” de los bienes.

llamada *comunidad postganancial*⁶⁰². Esta comunidad viene conformada por los mismos bienes que formaban parte de la extinta sociedad de gananciales pendiente de liquidación aunque bajo un régimen distinto: el de comunidad ordinaria⁶⁰³. La razón del cambio de régimen estriba en que el existente hasta entonces ya no resulta apto para regular los bienes, habida cuenta del cambio de destino operado en los mismos: los bienes ya no están afectos al sostenimiento de la familia (cfr. art. 1.362 Cc.) sino a la liquidación de la sociedad⁶⁰⁴.

⁶⁰² Cfr. CRESPO ALLÚE, “La comunidad postganancial”, *Actualidad Civil*, tomo I, nº 8, febrero, 1991, pp. 109 y ss., y RIVERA FERNÁNDEZ, *La comunidad postganancial*, Bosch, Barcelona, 1997. Y, en la jurisprudencia, vid. las sentencias de 27 de marzo de 1989 (RJA. nº 2.198), 8 de octubre de 1990 (RJA. nº 7.482), 17 de febrero de 1992 (RJA. nº 1.258) y 23 de diciembre de 1992 (RJA. nº 10.689), entre otras; y también la resolución de la DGRN. de 28 de febrero de 1992 (RJA. nº 2.881).

⁶⁰³ Que la comunidad postganancial es de tipo romano, constituye la opinión doctrinal mayoritaria: PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1985, p. 164; LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 486; RIVERA FERNÁNDEZ, *La comunidad postganancial*, cit., pp. 31 y ss., y DE LOS MOZOS, “Comentarios al artículo 1.396 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVIII, vol. II, 2ª edición, Edersa, 1999, pp. 590 y ss., entre otros. En contra de esta opinión sólo conocemos a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*Derecho de familia*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones, Madrid, 1989, p. 283 y 284) quien defiende que tal comunidad es de tipo germánico. En la jurisprudencia, también constituye un criterio mayoritario que la comunidad postganancial es de tipo romano. Vid, a tal efecto, la resolución de la DGRN. de 28 de febrero de 1992 (RJA. nº 2.881) y las sentencias de 26 de febrero de 1981 (RJA. nº 611), 21 de noviembre de 1987 (RJA. nº 8.638), 22 de octubre de 1991 (RJA. nº 7.860), 28 de septiembre de 1993 (RJA. nº 6.657) y la de 23 de diciembre de 1993 (RJA. nº 10.113). Y, en contra de este criterio, vid la resolución de la DGRN. de 16 de octubre de 1986 (RJA. nº 6.068), la sentencia de 23 de diciembre de 1992 (RJA. nº 10.689) y las que en esta última se citan (sentencias de 11 de junio de 1951 –RJA. nº 1.879–, y las resoluciones de 10 de julio de 1952 –RJA. nº 1.632–, 20 de octubre de 1958 –RJA. nº 3.966– y 22 de mayo de 1986 –RJA. nº 3.042–, cita que entendemos errónea pues no comparten la doctrina de la sentencia de diciembre de 1992).

⁶⁰⁴ Cfr. VICENTE DÍAZ, “La liquidación de la sociedad de gananciales”, cit., p. 2544. Así, y aunque no se produzca “ni el aspecto activo de incremento de las ganancias ni el aspecto pasivo de acumulación de deudas” propio del régimen de gananciales, “sobre los bienes que, en origen, eran gananciales debe persistir también su misma naturaleza y que, en

Una vez señaladas las ideas relativas a la sociedad de gananciales, a su extinción y liquidación, que resultan indispensables para comprender la incidencia de dicho régimen en la determinación del haber partible, estamos en condiciones de efectuar dicho examen. Así, a continuación veremos cómo juega el régimen económico-matrimonial que comentamos respecto de cada una de las dos modalidades de partición conjunta que cabe efectuar al amparo de la Ley de Derecho Civil de Galicia y a las que nos venimos refiriendo en este trabajo: la partición unitaria y la partición conjunta con objeto separado.

b) La partición conjunta con objeto unitario

Según tuvimos ocasión de apuntar en el capítulo segundo, esta modalidad de partición conjunta se caracteriza porque los cónyuges deciden hacer un *totum* con los bienes de ambos sin atender a la procedencia de los mismos (cfr. art. 157 LDCG.) y disponen de ellos y los parten de forma conjunta entre las personas a quienes llaman a su sucesión.

Pues bien, siendo ello así, si los cónyuges están sujetos al régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, la organización de la sucesión de ambos de modo conjunto en la forma descrita, hará de todo punto innecesaria, en la elaboración de la partija, la determinación de los haberes correspondientes a cada cónyuge⁶⁰⁵. Al ser ambos cónyuges los titulares de la sociedad de gananciales y al presentarse los patrimonios de ambos a efectos

consecuencia, los cotitulares de dicha comunidad siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas” (cfr. la sentencia de 8 de octubre de 1990 –RJA. nº 7.482–).

⁶⁰⁵ Si con posterioridad a la disposición y a la partición unitaria, los cónyuges desean efectuar la determinación de haberes en que consiste la liquidación de la sociedad, podrán hacerla siempre y cuando concurra el consentimiento de ambos. En muchos casos, esto será un síntoma de que ha variado su voluntad y prefieren organizar su sucesión de manera separada y no de modo unitario. Si ello es así, lo lógico será que procedan a otorgar una nueva partición. Y es que, a salvo lo dispuesto por el artículo 158.2 LDCG., ordinariamente la partición unitaria se verá afectada por tal liquidación: lo más probable es que ésta deje sin valor la composición de ambos patrimonios como un *totum* sin distinción de procedencia.

de su disposición y partición como un *totum* del que disponen conjuntamente, resulta innecesaria la indicada determinación de haberes⁶⁰⁶. Sentado lo anterior, veamos qué sucede con la otra modalidad de partición conjunta: la partición conjunta con objeto separado.

c) La partición conjunta con objeto separado

a') La liquidación y la partija de la herencia

A diferencia de lo que sucede en la partición unitaria, en la que hemos calificado como partición conjunta con objeto separado los cónyuges no efectúan un *totum* con los bienes de ambos sino que organizan su sucesión de forma diferenciada. Por tal motivo, para su elaboración y eficacia resulta de todo punto necesario proceder a la determinación de los haberes correspondientes a cada uno de ellos. O dicho en otros términos: resulta necesario efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales, siguiendo el *iter* establecido en las normas procedimentales contenidas en el Código civil (cfr. art. 1.410 Cc.) y en la LEC.⁶⁰⁷ Esta liquidación de la sociedad, que culmina con la adjudicación del remanente ganancial a cada uno de los cónyuges, resulta imprescindible en esta modalidad de partición conjunta. Y como reiteradamente ha puesto de manifiesto la jurisprudencia⁶⁰⁸ y la

⁶⁰⁶ Aun cuando para la elaboración de la partición no sea necesario efectuar la referida determinación, para la ejecución de la misma –tras el fallecimiento de uno o de ambos– sí ha de realizarse a efectos de la sucesión de los bienes. Sobre este extremo vid. las páginas 412 a 414. De igual modo, entonces también será inexcusable efectuar una serie de operaciones que ordinariamente se incluyen en lo que en el capítulo primero hemos denominado como liquidación, tales como el pago de las deudas, por ejemplo.

⁶⁰⁷ Sobre diversas cuestiones relativas al *iter* liquidativo, vid. las sentencias de 15 de marzo de 1945 (RJA. nº 280), de 26 de enero de 1985 (RJA. nº 200), de 13 de junio de 1986 (RJA. nº 3.547) y de 1 de julio de 1991 (RJA. nº 5.314). En la doctrina, CUTILLAS TORNS ha recogido el *iter* liquidatorio trazado por la jurisprudencia en “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *La Ley*, 1986-3, pp. 897 y ss.

⁶⁰⁸ Cfr., entre otras, la sentencia de 10 de enero de 1934 (RJA. nº 35); y, más recientemente las de 8 de junio de 1999 (RJA. nº 4.103) y de 17 de octubre de 2002 (RJA. nº 8.968), en la que se recoge implícitamente tal doctrina. Y, en lo que a la DGRN. se refiere,

doctrina⁶⁰⁹ –respecto de la partición por testador efectuada de modo individual pero que resulta perfectamente aplicable a la modalidad de partición conjunta a que nos referimos–, tal liquidación se configura como una operación previa e indispensable para la partición. Ello se debe a que es al término de las operaciones liquidatorias cuando se conocerá detalladamente el patrimonio ganancial de que puede disponer cada cónyuge, estando entonces en condiciones de realizar la partición de su herencia⁶¹⁰. En efecto, en tal momento ambos conocen los bienes concretos de la masa ganancial que le han sido adjudicados a su cuota y respecto de los que tienen la plena titularidad, pudiendo proceder a su distribución específica⁶¹¹.

vid. la resolución de 11 de septiembre de 1907 (JC. tomo CVIII nº 58); la de 6 de marzo de 1923 (JC. tomo CLVIII nº 102) y la de 14 de marzo de 1991 (RJA. nº 2.540), en la que se señala que la liquidación tiene “carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto”.

⁶⁰⁹ Entre muchos otros, son de esta opinión, BONET RAMÓN (*Derecho Civil Común y Foral*, tomo II, Reus, Madrid, 1940, p. 624), ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 151 y 152) y ABASCAL MONEDERO (“La liquidación del régimen económico-matrimonial como operación previa a la partición de la herencia”, *RDP.*, mayo, 2002, pp. 409-430, en especial las pp. 410 y ss. y 423 y ss.).

⁶¹⁰ Al margen del supuesto examinado relativo a la partición unitaria, no resulta necesario efectuar la liquidación de la sociedad cuando: el cónyuge viudo hubiese renunciado a los gananciales, no existan bienes de tal carácter o cuando el cónyuge viudo sea el único heredero.

⁶¹¹ Como reconocen las resoluciones de la DGRN. de 22 de mayo (RJA. nº 3.042) y 3 de junio de 1986 (RJA. nº 3.838) “la atribución a uno u otro cónyuge de bienes concretos o de cuotas en pro indiviso sobre ellos sólo ocurrirá como consecuencia de la *última operación divisoria* (el subrayado es nuestro): la adjudicación de bienes”; cuya realización no impide que siga existiendo “una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados” (sentencia de 13 de junio de 1986 – RJA. nº 3.547–). Por tanto, si se han realizado las diversas operaciones particionales “(..) sin la atribución de bienes para cubrir el correspondiente haber mediante la adjudicación de cosas concretas” no se puede entender que haya acto particional propiamente dicho que ponga fin a la comunidad ganancial (cfr. sentencia de 22 de marzo de 1984 –RJA. nº 1.317–). Así las cosas, no hay que olvidar que, como indica MARTÍN MELÉNDEZ, las operaciones liquidatorias tienen un significado jurídico sustantivo pues sirven de título para fundamentar la pertenencia

Sentado que en la partición conjunta con objeto separado la liquidación constituye una operación previa e indispensable, es preciso resaltar otra cuestión. Ésta consiste en que, aún cuando entre la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición exista una íntima relación –el artículo 1.410 Cc. dictado en sede de sociedad de gananciales efectúa una remisión a las reglas relativas a la partición y liquidación de herencia para “*todo lo no previsto en dicho capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado*”–, en todo momento nos encontramos ante dos negocios jurídicamente diferentes: liquidación y partición. Así, y pese a que se puedan contener en un mismo documento, su objeto, su finalidad y sus participantes son distintos en cada caso⁶¹².

Por lo que a la liquidación se refiere, su finalidad consiste en poner término a la sociedad de gananciales⁶¹³; los partícipes son el cónyuge superviviente y los causahabientes del fallecido, en caso de disolución por muerte

de los bienes a uno u otro patrimonio (cfr. *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 9).

⁶¹² Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 130. Lo expuesto en el texto no impide que las operaciones liquidatorias y las masas patrimoniales de ambas instituciones coincidan parcialmente (cfr., en este aspecto, MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 6 y 7, y la sentencia de 21 de noviembre de 1987 –RJA. nº 8.638–: en efecto, “al fallecimiento de alguno de los cónyuges se disuelve y queda en estado de liquidación la sociedad de gananciales (...) y se abre con independencia de ello, aunque sea por la misma causa, la sucesión hereditaria en los bienes patrimoniales del premuerto”). Sobre las diferencias entre la liquidación y la partición, cfr. la resolución de la DGRN. de 2 de febrero de 1960 (RJA. nº 165), recogidas también por la sentencia de 26 de febrero de 2004 (RJA. nº 1.750).

⁶¹³ La distribución de los gananciales para transferir los bienes al patrimonio de alguno de los dos cónyuges es, según la sentencia de 15 de marzo de 1945 (RJA. nº 280), “la razón fundamental de la liquidación, mediante la cual (...) se transforma en real e individualizada la cuota de cada interesado”. Se produce entonces, como dicen LACRUZ y SANCHO, “el tránsito desde la indivisión orgánica hasta el estado de titularidad individual” (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 491).

de uno de ellos, o los cónyuges en el resto de los casos; y los bienes sobre los que actúa la liquidación son los que forman el haber ganancial, aun cuando se opere con valores aritméticos para realizar las sumas y deducciones.

Por otro lado, la finalidad de la partición de la herencia viene constituida por la distribución del patrimonio de cada cónyuge entre sus herederos. Y a diferencia de lo que sucede en la sociedad de gananciales en la que el remanente se “*dividirá por mitad*” (cfr. art. 1.344 Cc.), en la partición se distribuirán los bienes en la cuantía prevista por cada uno de los causantes. Como se colige, nos encontramos ante dos negocios distintos aunque íntimamente relacionados.

Así las cosas, y como va dicho, tras la liquidación de la sociedad –que se lleva a efecto una vez que se haya producido la disolución de la misma– es cuando los cónyuges conocerán los bienes concretos de la sociedad de gananciales que les corresponden y que pasarán a formar parte de su haber privativo, pudiendo entonces incluirlos en la partición que efectúen al estar en su plena disponibilidad. Para proceder a tal determinación, como parece lógico, ambos cónyuges han de estar vivos. Pues bien, cuando la sociedad de gananciales termina por la muerte de uno de ellos (cfr. art. 1.392.1 Cc. y 85 Cc.) no se cumplirá la premisa señalada: la supervivencia de ambos a efectos de realizar la liquidación. En tales casos –especialmente cuando únicamente existan bienes gananciales y ninguno de los cónyuges disponga de patrimonio privativo–, a efectos particionales, el ámbito operativo del artículo 157 LDCG. puede verse reducido, cuando no imposibilitado⁶¹⁴.

Indicado el problema que se puede plantear en relación con la partición conjunta con objeto separado, en los siguientes epígrafes procederemos a su estudio, examinando si los cónyuges tienen algún medio para determinar de

⁶¹⁴ Con referencia al ámbito del Código civil, vid. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 120 y ARMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, tomo I, cit., p. 89). En el ámbito gallego, vid. DÍAZ-FUENTES, *Dereito civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, cit., p. 316.

modo previo los bienes que les corresponderán a cada uno al término del régimen, a efectos de minimizar el problema enunciado⁶¹⁵.

b') La llamada liquidación "provisional"

a'') Contenido y viabilidad de la llamada liquidación "provisional"

Como es conocido, los cónyuges son quienes en principio deben efectuar la liquidación de la sociedad tras su disolución en tanto titulares de la misma⁶¹⁶. Sin embargo, cuando la sociedad de gananciales termina por el fallecimiento de uno de ellos, ambos no podrán efectuar la liquidación para determinar los bienes que le corresponden e incluirlos en la partición. Ante este problema, que, como sabemos, reduciría la funcionalidad de la partición conjunta con objeto separado en la que la determinación de haberes en que consiste la liquidación de la sociedad resulta imprescindible, la doctrina ha admitido la figura de la liquidación "provisional", que es una liquidación contractual que realizan los cónyuges antes de disolverse la sociedad y que adquiere carácter definitivo en el momento de la disolución del régimen –en

⁶¹⁵ La dificultad indicada, que convertiría el régimen ganancial en un régimen poco eficaz a los efectos que comentamos, se puede solventar mediante el acuerdo de modificación del régimen económico-matrimonial *ex art. 1.392.4 Cc.*: "*la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código*". Así, al extinguirse la sociedad, habría de llevarse a cabo su liquidación, tras la que cada uno de los cónyuges conocerá los bienes concretos que le corresponden pudiendo incluirlos en la partición que de su herencia efectúen, ya de modo individual, ya conjunto, aunque organizando la sucesión de manera separada. Con todo, este modo de sortear el problema mencionado no resulta del todo satisfactorio ya que lo resuelve a través de su eliminación. Además, en el ordenamiento jurídico existen otras posibilidades de sortear la referida indisponibilidad sin necesidad de poner fin a dicha sociedad.

⁶¹⁶ Este aserto, que parece tan evidente, no lo era tanto en la legislación anterior a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Entonces, el régimen económico-matrimonial era inmodificable por voluntad de los cónyuges, aun cuando cierta doctrina, desde hacía ya tiempo, viniese proponiendo su modificabilidad (cfr. DE DIEGO, "Consulta: Disolución de la sociedad de gananciales...", cit., pp. 347 y 348).

nuestro caso, por fallecimiento de uno de ellos⁶¹⁷. Esta liquidación “provisional” de carácter contractual sirve, entonces, para determinar de modo previo los bienes que le corresponderán a cada uno de los miembros de la sociedad tras su disolución. De este modo, los cónyuges conocerán los bienes de la masa ganancial que les corresponderán una vez se disuelva la sociedad y los podrán incluir en la partición que realicen entre las personas a las que llamen como herederos.

Pero en fin, lo anterior no empece para que esta liquidación “provisional”, con efectos desde luego para la muerte de uno de los cónyuges, esté sujeta a las eventuales alteraciones en el contenido de la masa ganancial. Así, es posible que se produzca una disminución del patrimonio ganancial o que tenga lugar un aumento del mismo. No obstante, estas eventualidades pueden salvarse mediante posteriores modificaciones o adiciones a la liquidación “provisional” (cfr. art. 1.079 Cc. por remisión del 1.410 del Cc.) o a través de cláusulas genéricas.

⁶¹⁷ Admiten la “liquidación provisional”, entre otros, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ (“Sobre particiones verificadas por el testador en actos inter vivos”, cit., pp. 171 y 172), MONEDERO GIL (“La partición practicada por el testador”, cit., p. 526), DE LA CÁMARA (“El legado de cosa ganancial”, cit., p. 516) y MONTERO AROCA (*Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (la aplicación práctica del artículo 95 del Código civil y de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97 y 100). Sobre si dicha liquidación supone un pacto sucesorio prohibido, vid. DE LA CÁMARA, “El legado de cosa ganancial”, cit., p. 518, quien le niega tal carácter al afirmar que, en tales casos, el derecho a la herencia sigue estando determinado por la ley o el testamento (téngase en cuenta que el citado autor se plantea la referida cuestión con anterioridad a la modificación del Código civil operada en 1981 y con fundamento en el Código civil –art. 658–). Junto con ello, y en otro orden de cosas, actualmente toda la doctrina admite el sometimiento de los capítulos matrimoniales a término, lo que, sin duda, apoya la tesis que se mantiene; entre otros, son de esta opinión, GOMEZ FERRER SAPIÑA (“Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio”, *RCDI.*, tomo LI, nº 526, mayo-junio, 1978, pp. 496 y 497), ORTÍ VALLEJO (“Las facultades de disposición *mortis causa* de bienes gananciales”, *ADC.*, tomo XLII-III, julio-septiembre, 1989, p. 683), Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, tomo IV, cit., p. 156) y CABANILLAS SANCHEZ (“Comentarios al artículo 1.326 Cc.”, en *VVAA.*, *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 604).

Por ello, aun cuando la liquidación “provisional” esté sujeta a las referidas eventualidades, constituye un medio eficaz para determinar de modo previo los bienes de la masa ganancial que, en principio, les corresponderán a los cónyuges al disolverse la sociedad, permitiendo su inclusión en la partición que lleven a cabo.

b’’) Forma de la liquidación “provisional”

Examinado el contenido de la liquidación “provisional”, es preciso detenerse a considerar la forma que ésta ha de revestir: el modo en que se ha de expresar el contenido del acto que se lleva a cabo. En este sentido, se puede afirmar que la liquidación “provisional” de la sociedad de gananciales puede revestir tanto la forma privada⁶¹⁸ como la forma pública⁶¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, la liquidación “provisional” realizada por los cónyuges puede estar contenida en un testamento –únicamente es posible en los testamentos mancomunados (cfr. art. 137 LDCG.) ya que no es admisible que un testamento unipersonal contenga un negocio jurídico bilateral cual es dicha liquidación– o realizarse al margen de él⁶²⁰. En este último caso, los

⁶¹⁸ Admitiendo la posibilidad de que la liquidación de la sociedad de gananciales conste en forma privada –aplicable, a nuestro modo de ver, a la liquidación “provisional”–, vid. las sentencias de 4 de diciembre de 1985 (RJA. nº 6.202), 1 de febrero de 1990 (RJA. nº 647), 7 de noviembre de 1990 (RJA. nº 8.532) y 4 de febrero de 1995 (RJA. nº 739), entre otras.

⁶¹⁹ Cfr. las sentencias de 6 de diciembre de 1989 (RJA. nº 8.805), 7 de noviembre de 1990 (RJA. nº 8.532) y la de 4 de febrero de 1995 (RJA. nº 739).

⁶²⁰ Cuando la doctrina del ámbito del Código civil distingue entre el contenido típico y atípico del testamento (cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 237 y 238 y LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., pp. 170 y 171) – o, entre el testamento y las declaraciones anómalas del testamento– (así prefiere diferenciarlos JORDANO BAREA, “Teoría general del testamento”, cit., pp. 435-439) no suele referirse a la liquidación de la sociedad de gananciales. A nuestro modo de ver, la razón de este silencio estriba en que, en el ámbito del Código civil, el único testamento posible es necesariamente un acto unilateral y unipersonal (arg. ex art. 669 Cc.), en el que no cabe incluir la liquidación –negocio bilateral–. Por lo que se refiere al Derecho gallego –donde se

cónyuges pueden realizar la liquidación “provisional” de la sociedad mediante un contrato “*inter vivos*” entre ellos (arg. *ex art.* 1.323 Cc.), que será vinculante para ambos y que desplegará sus efectos de modo pleno cuando se disuelva la sociedad⁶²¹.

De igual modo, cabe resaltar también que la liquidación “provisional” puede incluirse en las capitulaciones matrimoniales que otorguen los cónyuges en las que realicen estipulaciones sobre su régimen económico-matrimonial. En tales casos, la liquidación revestirá también la forma pública (cfr. art. 113 LDCG.⁶²²). Sin embargo, aún cuando ello sea así, la exigencia

admite el testamento mancomunado–, creemos que la liquidación puede incluirse dentro de un testamento de tal clase aun cuando no sea éste el lugar más adecuado. Como apunta ALBALADEJO, “en el testamento no se prohíbe que se contengan otros extremos. (...) nada obliga a incluir en él ni es el lugar más adecuado para ello (...), extremos que no deben perder su naturaleza por contenerse en el testamento, sino seguir rigiéndose por sus reglas peculiares, pero que normalmente al incluirse en él, sólo adquieren vigor con la muerte del testador” (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 237). Aserto que resulta plenamente acorde con la distinción que realiza JORDANO BAREA (“Teoría general del testamento”, cit., pp. 440-442) entre el testamento en sentido *sustancial y estricto*, que es el que mantiene el Código civil, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (cfr., por todas, la sentencia de 8 de julio de 1940 –RJA. nº 689– y la resolución de la DGRN. de 16 de noviembre de 1944 –RJA. nº 1.386–); en sentido *sustancial y amplio*, y en sentido *formal*. Cfr., aunque en otro contexto, LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 6ª edición, cit., p. 171), quienes sólo distinguen entre testamento material y formal.

⁶²¹ MARTÍN MELÉNDEZ (*La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 35.) ha defendido también la posibilidad de que la liquidación se realice oralmente.

⁶²² De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, las capitulaciones matrimoniales “*pueden otorgarse o modificarse antes o durante el matrimonio, pero necesariamente en escritura pública o en transacción judicial que ponga fin a cualquier procedimiento de separación, divorcio o nulidad*”. El supuesto de las capitulaciones contenidas en la transacción judicial que pone fin a un proceso de separación, nulidad o divorcio no va a ser objeto de análisis puesto que no da respuesta al problema que se trata en el presente apartado. Así las cosas, el referido precepto, y, en especial, el inciso relativo a la transacción judicial, ha suscitado numerosas críticas en la doctrina. Vid., por todos, LETE DEL RÍO, “El régimen económico familiar. Capitulaciones matrimoniales”, cit., pp. 181-191.

de escritura pública no tiene carácter *ad validitatem* para la liquidación, como ha puesto de relieve la jurisprudencia respecto del Código civil –aserto aplicable al Derecho gallego–, entre otras, en la sentencia de 7 de noviembre de 1990 (RJA. nº 8.532). En efecto, como, reconoce el Tribunal Supremo en la citada resolución, “aunque muy frecuentemente estén unidos en un mismo instrumento público la liquidación de la sociedad de gananciales y la modificación del régimen patrimonial conyugal, es lo cierto que técnicamente estamos en presencia de conceptos distintos, que pueden perfectamente convenirse y constatarse en forma autónoma e independiente, y si bien el artículo 1.327 Cc. referido a las capitulaciones no admite duda sobre la imperatividad de la escritura pública no hay precepto paralelo y similar en lo atinente a la liquidación de la sociedad de gananciales”⁶²³.

La razón de que no se exija la forma pública para la liquidación de la sociedad reside en que, como también indica la misma sentencia, con su realización “no se verán perjudicados los derechos ya adquiridos por terceros”⁶²⁴ –éste constituye el motivo que justifica la exigencia de escritura pública en las capitulaciones matrimoniales–. De acuerdo con ello, y a diferencia de lo que sucede con las propias capitulaciones, es posible que, con posterioridad al otorgamiento de los capítulos, los cónyuges realicen en forma privada notas aclaratorias o modificativas de la liquidación “provisional” contenida en las capitulaciones matrimoniales⁶²⁵.

⁶²³ RJA. nº 8.532. El artículo 1.327 Cc. es de redacción similar al artículo 113 de la LDCG.

⁶²⁴ RJA. nº 8.532. Como ya se ha indicado (cfr. nota nº 611), aunque se haya procedido a la adjudicación de los bienes de la sociedad sin pagar las deudas, existe una responsabilidad real sobre la masa de los bienes. Cfr. la sentencia de 13 de junio de 1986 (RJA. nº 3.547) y los artículos 1.401 y 1.402 del Código civil.

⁶²⁵ A este respecto, la sentencia de 7 de noviembre de 1990 (RJA. nº 8.532) declara que “si las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones han de constar, con exigencias de requisito *ad solemnitatem*, en escritura pública (..) para que surta efectos contra terceros (..), no empece la posibilidad de que entre cónyuges pueda válidamente aclararse o convenirse en forma no pública algún dato compensatorio o complementario en las adjudicaciones consiguientes a la liquidación”. Junto con ella, la sentencia de 4 de febrero de 1995 (RJA. nº 739) reconoce que “la exigencia de escritura pública, con carácter constitutivo o *ad*

c'') Modificación de la liquidación “provisional”

Tras el examen de la forma que ha de revestir la liquidación “provisional”, a continuación nos referiremos a la modificabilidad de la misma. En concreto, trataremos las siguientes cuestiones: si es posible modificar dicha liquidación, qué requisitos se han de reunir, y el modo en que puede afectar la modificación de dicha liquidación a la partición.

Comenzando por la primera de las cuestiones anunciadas, hemos de precisar que una de las consecuencias que se derivan de diferir la eficacia de la liquidación “provisional” al momento de la muerte –la liquidación “provisional” surte efectos desde luego para el momento de la disolución de la sociedad– es que, como sabemos, hasta entonces puede variar la voluntad de los cónyuges, bien porque se haya modificado su voluntad respecto de la distribución, bien porque haya habido alteraciones en el haber conyugal o bien por cualquier otra causa. Entonces, para adecuar la voluntad real a la voluntad manifestada en la liquidación “provisional” será necesario proceder a su modificación⁶²⁶.

Si los cónyuges han realizado una liquidación “provisional” fuera del testamento –en capitulaciones o en un documento privado–, para llevar a cabo su modificación únicamente se requerirá el consentimiento de ambas partes. En tales casos, como cabe deducir, la liquidación “provisional” realizada por los cónyuges goza de independencia respecto de los instrumentos en que se

solemnitatem, que establece el artículo 1.327 del Código civil, correctamente interpretado, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, o sea, a las estipulaciones a través de las cuales los esposos establezcan el régimen económico de su matrimonio”.

⁶²⁶ A diferencia de lo que ocurre en la liquidación “provisional” realizada por los cónyuges, en el resto de liquidaciones contractuales que aquellos pueden efectuar tras la disolución de la sociedad por las causas contenidas en los artículos 1.392.2, 3 y 4, y 1.393 Cc. no existe una eficacia diferida a un término. Ello dificulta la posibilidad de que exista una voluntad modificativa de la liquidación: la voluntad de los cónyuges al efectuar la liquidación produce efectos de forma inmediata.

contenga la voluntad dispositiva de los mismos, bien sea un testamento mancomunado o dos testamentos individuales.

La solución apuntada para los casos en que la liquidación “provisional” se realiza al margen de un testamento no es muy diferente de la aplicable cuando aquélla se contiene en un testamento mancomunado –como hemos anticipado, no es posible que la liquidación forme parte de un testamento individual–. En dicho supuesto, la liquidación, aún cuando esté contenida en un testamento, seguirá siendo un negocio independiente, y, por tanto, seguirá rigiéndose por sus propias reglas, resultando necesario para su modificación el consentimiento de ambas partes.

De dicho aserto cabe extraer dos consecuencias. La primera: que al regirse la liquidación por sus propias reglas, su modificación, para la que se necesita el acuerdo de las dos voluntades, no ha de realizarse necesariamente en un nuevo testamento mancomunado. De este modo, una ulterior liquidación de la sociedad realizada en forma privada puede modificar la incluida en el testamento si su contenido es distinto del de aquélla. Y ello, sin que exista contravención de lo establecido en el artículo 738 del Código civil por cuanto que dicho precepto se refiere únicamente al contenido dispositivo del testamento⁶²⁷. Y la segunda consecuencia: que la revocación unilateral del testamento mancomunado (cfr. art. 139.1 LDCG.) no afectará por sí misma a la liquidación contenida en dicho testamento. De admitirse lo contrario, uno de los cónyuges, por su propia voluntad y sin norma que lo autorice, podría

⁶²⁷ De la misma forma, una partición testamentaria puede ser modificada por una partición posterior realizada fuera del testamento (cfr. nota nº 407). Y es que, como apunta PASTOR RIDRUEJO, “la formalidad de la revocación del testamento no alcanza a la de aquellas disposiciones en las que el testamento constituye el vehículo, pero no la forma de la disposición” (*La revocación del testamento*, cit., p. 86). En este sentido, la sentencia de 23 de noviembre de 1904 (JC. tomo XCIX nº 64) declaró que “la ley no prohíbe que con ocasión de un testamento se contraigan obligaciones y se realicen actos permanentes y perfectos, con independencia del carácter revocable de lo que es materia propia de la testamentación”; materia a la que se le aplica la exigencia del artículo 738 del Código. Sea ello como fuere, lo que no se permite en ningún caso es que la disposición, contenido propio y principal del testamento –del testamento en sentido sustancial y estricto según la clasificación de JORDANO (arg. ex art. 667 Cc.)– se modifique por otro acto sin las solemnidades testamentarias.

inutilizar un negocio bilateral distinto del testamento aunque contenido en él⁶²⁸.

Por el cauce expuesto, cabe concluir que, a efectos de la modificación de la liquidación “provisional” de la sociedad, resulta indiferente que aquélla esté contenida en un testamento mancomunado o se haya realizado fuera de testamento ya que, en todo caso, resulta necesario el consentimiento de ambas partes. En los dos casos existe un mismo grado de vinculación entre los cónyuges, lo que no obsta para reconocer que, cualquiera que sea el instrumento en donde se contenga, resulta muy recomendable la utilización de una forma que garantice los derechos de ambos.

Siendo ello así, conviene no olvidar que, aún cuando la liquidación sea un negocio jurídico independiente del testamento y de la partición, puede influir en las cláusulas particionales, no así en las dispositivas. En efecto, a diferencia de lo que sucede con las cuotas de disposición que no se verán afectadas por las nuevas liquidaciones que realicen los cónyuges, puede suceder que un bien incluido en su partición por uno de los cónyuges, debido a que en la primitiva liquidación “provisional” se le atribuía a él, no forme parte ya de su haber en la nueva liquidación. En tales casos, será necesario proceder a modificar la partición en lo que haya sido afectada por la liquidación para adecuarla a la nueva situación, de modo que pueda ser plenamente eficaz⁶²⁹.

⁶²⁸ La razón es sencilla: la modificación de la liquidación –negocio bilateral– excede de la esfera de actuación del disponente, ámbito en el que tiene pleno sentido la revocación a que se refiere el artículo 737 del Cc. A favor de exigirse el consentimiento de ambos cónyuges para la revocación, vid., por todos, DE LA CÁMARA, “El legado de cosa ganancial”, cit., p. 519. Al margen de ello, en el capítulo siguiente examinaremos las consecuencias que, para las cláusulas correspectivas, tiene la revocación unilateral de un testamento mancomunado. Vid. sobre ello, MARTÍNEZ GARCÍA, “Del testamento mancomunado”, en VVAA., *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 123-126.

⁶²⁹ En otro orden de materias es preciso anotar que, como viene reconociendo la jurisprudencia, también se aplica la rescisión por lesión a la liquidación de la sociedad de gananciales. Vid. las sentencias de 26 de enero de 1993 (RJA. nº 365), 20 de noviembre de 1993 (RJA. nº 9.175) y la de 8 de marzo de 1995 (RJA. nº 2.158), entre otras muchas.

c') Conclusión

Recapitulando lo expuesto, se puede señalar que el problema que el carácter ganancial de los bienes plantea respecto de la partición conjunta con objeto separado –la imposibilidad de efectuar la liquidación de la sociedad para determinar los bienes que corresponderán a cada uno de los cónyuges e incluirlos en su partición si ha fallecido uno de ellos (cfr. art. 1.392.1 y 85 Cc.)–, no tiene carácter irresoluble en el ordenamiento jurídico⁶³⁰. En efecto, según hemos visto, la realización por los cónyuges de una liquidación “provisional” permite determinar, con efectos desde luego para el momento de la disolución de la sociedad, los bienes que habrán de corresponder a cada uno tras la disolución, soslayando el problema enunciado⁶³¹.

⁶³⁰ De no admitirse la liquidación “provisional” a que nos referimos, estaríamos en la extraña situación de que los cónyuges, cotitulares de un patrimonio ganancial, no tuviesen la capacidad de distribuirlo del modo que les parezca más conveniente. El régimen de gananciales se convertiría entonces en un obstáculo para la disposición “*mortis causa*” de los bienes, lo que no parece que sea querido por el legislador ni por los cónyuges que acuden a dicho régimen. Y es que, como es conocido, resulta frecuente que en los matrimonios bien avenidos los cónyuges quieran proyectar y decidir sus últimas voluntades de común acuerdo, para de este modo, por ejemplo, acordar la distribución y adjudicación de algún bien concreto a uno de los hijos. Cfr. DE LA CÁMARA, “El legado de cosa ganancial”, cit., p. 515.

⁶³¹ Al margen del supuesto explicado en el texto, en la doctrina y en la jurisprudencia también se ha planteado la posibilidad de incluir bienes gananciales concretos, cuando aún son tales, en una partición individual. A nuestro modo de ver, el artículo 1.379 del Código civil no permite tal posibilidad ya que se refiere a la disposición genérica por cada uno de los cónyuges de su parte en el patrimonio ganancial, que alcanzará a la mitad del remanente de bienes gananciales que exista en el momento de la liquidación (arg. *ex* art. 1.344 Cc.; vid también GIMÉNEZ DUART, “La gestión de la comunidad de gananciales”, *ADC.*, tomo XXXV-III, julio-septiembre, 1982, p. 580; y DE LOS MOZOS, “Comentarios a los artículos 1.378 a 1.380 Cc.”, en *VVAA.*, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVIII, vol. II, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1999, p. 479). De igual modo, el artículo 1.380 Cc. no sirve a los efectos indicados: de acuerdo con la mayoría de la doctrina, en él se recoge únicamente el supuesto de legado de cosa ganancial (vid., a modo de ejemplo, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, tomo III, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 49 y ss. y PRETEL SERRANO, “Comentarios al artículo 1.380 Cc.”, en *VVAA.*, *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 727). Así las cosas, en nuestra opinión, la inclusión de los bienes gananciales concretos en la partición es

B) Régimen de participación en las ganancias

En la determinación positiva del haber partible que estamos realizando y tras el análisis de la incidencia de la sociedad de gananciales en la partición conjunta, a continuación examinaremos los otros dos regímenes económico-matrimoniales regulados por el Código civil, comenzando por el de participación en las ganancias. Al igual que hicimos entonces, también empezaremos recordando las características del régimen que ahora analizamos que resulten indispensables a efectos del presente trabajo.

En tal sentido, en los artículos 1.411 y 1.412 del Código civil están contenidas dos notas esenciales del régimen económico-matrimonial de participación. Conforme al primero de ellos: “*cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente*”. Y según lo establecido por el segundo de los citados preceptos, la administración, el disfrute y la libre disposición de los bienes es unilateral, aún cuando en algún caso sea necesario el consentimiento de ambos (arg. *ex art.* 1.423 Cc.). De este carácter unilateral de la administración, disfrute y disposición de los bienes se sigue que los cónyuges pueden conocer en todo momento la composición de sus haberes, de modo que no encuentran dificultad alguna para incluir los bienes que los componen en la partición conjunta que efectúen. En este régimen económico-matrimonial no se plantean, entonces, algunos de los problemas que tienen lugar en la sociedad de gananciales en donde los bienes que corresponden a cada uno de los cónyuges se concretan al término de la sociedad (arg. *ex art.* 1.344 Cc.).

posible en atención al carácter *mortis causa* de la misma. La única peculiaridad que reviste tal inclusión vendría determinada por la incertidumbre que origina la realización de la liquidación de la sociedad de gananciales tras la disolución del régimen: si en tal liquidación se atribuyen los bienes al cónyuge que los incluyó en un lote de la partición no habrá problema alguno, a diferencia de si tal atribución no ha tenido lugar. Sea ello como fuere, la jurisprudencia se muestra decididamente contraria a la indicada posibilidad: vid., entre otras, las sentencias de 20 de mayo de 1965 (RJA. nº 2.602), 28 de mayo de 1965 (RJA. nº 3.086), 31 de mayo de 1980 (RJA. nº 2.724), 7 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.301), 18 de marzo de 1991 (RJA. nº 2.264) y 22 de febrero de 1997 (RJA. nº 1.191).

Sin embargo, lo que sí se determina al finalizar el régimen es la participación en las ganancias. En efecto, tras la disolución del régimen de participación –por las mismas causas que la sociedad de gananciales (art. 1.415 Cc.)– se habrán de calcular las ganancias de ambos cónyuges por la diferencia existente entre los patrimonios final e inicial de cada uno (art. 1.417 Cc.)⁶³². Realizado lo cual “*el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge*” (art. 1.427 Cc.), salvo que se haya pactado un porcentaje diferente al inicio del régimen que rija para ambos cónyuges (art. 1.429 Cc.)⁶³³. Esta participación en las ganancias del otro cónyuge constituye, a nuestro modo de ver, un derecho eventual que se realizará sólo para uno de ambos al término del régimen⁶³⁴ y que no tiene

⁶³² Para que se aplique el régimen de participación en las ganancias es necesario que éste sea pactado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales (arg. *ex* art. 112 LDCG.). Siendo ello así, resulta muy recomendable que, junto con los pactos que estimen oportunos, los cónyuges incluyan en tales capítulos, en el momento inicial del régimen, un inventario de los patrimonios de ambos y su valoración, lo que, sin duda, facilitará la valoración de los mismos en el momento final del régimen. La existencia del referido inventario o estado descriptivo de los bienes, según DE LEÓN ARCE (*Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1984, p. 255), se establece como prueba primordial en las legislaciones en que existe un régimen similar al de participación, llegando a constituir la cláusula más importante que deben incluir los cónyuges en su contrato matrimonial. La ausencia de exigencia de inventario inicial es, para esta autora, uno de los fallos esenciales del régimen de participación en la regulación del Código civil. En cambio, relativizando la conveniencia de efectuar dicho inventario en el momento inicial del régimen, vid. FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, “Régimen económico matrimonial de participación” en VVAA., *Libro-homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, tomo I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 536 y 537.

⁶³³ Es preciso tener en cuenta que el Código civil se refiere a los incrementos de los patrimonios, recayendo el derecho de participación sobre estas ganancias y no sobre el montante del patrimonio de los cónyuges. Sobre las cuotas de participación, vid. los artículos 1.428 a 1.430 del Código civil.

⁶³⁴ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 509 y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, cit., p. 170. De acuerdo con la

carácter renunciable, debido a la prohibición recogida en el artículo 1.429 del Código civil de pactar una participación desigual: esto es, que el derecho sólo pueda surgir, en su caso, para uno de ambos y no para el otro⁶³⁵. En efecto, el citado precepto exige que la participación “*deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y a favor de ambos cónyuges*”.

En principio, y según se dispone en los artículos 1.431 y 1.432 del Código civil, la ganancia que constituye el derecho eventual a que nos referimos habrá de pagarse en dinero salvo “*acuerdo de los interesados*” o porque así lo establezca “*el Juez a petición fundada del deudor*”⁶³⁶. Por tanto, parece que estos “*interesados*” son los únicos que están facultados para acordar la sustitución del dinero por bienes concretos –puede pactarse tal modo de pago incluso en las capitulaciones matrimoniales–. Así, no podrán realizar tal acuerdo ni un tercero, ni un perito que proceda a la eventual valoración de los patrimonios, ni tampoco un contador-partidor nombrado para partir la herencia –la facultad de sustitución del dinero por bienes concretos excede de lo meramente particional–⁶³⁷.

mayoría de la doctrina, en el ordenamiento jurídico español el derecho sobre las ganancias, cuya realización tiene lugar tras la disolución del régimen, preexiste antes. En contra de la opinión mayoritaria, vid. BALLESTER GINER, *Régimen de participación*, Valencia, 1980, pp. 14 y 15.

⁶³⁵ A este respecto, ÁLVAREZ-SALA (“El crédito de participación”, *RDN.*, nº 127, enero-marzo, 1985, pp. 19 y 20) entiende que la renuncia unilateral contravendría el orden público familiar presidido por la idea de equiparación jurídica de los cónyuges. Por su parte, DE LEÓN ARCE (*Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, cit., p. 265), estima posible el establecimiento de una cláusula de atribución íntegra de las ganancias netas para uno sólo de los cónyuges si se hace depender ésta de un hecho incierto –no en otro caso– ya que en tal supuesto se cumpliría la exigencia de reciprocidad *ex art.* 1.429 Cc.

⁶³⁶ En todo caso, con LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 528), entendemos que el juez no tiene capacidad para determinar los bienes concretos que integran el crédito de participación.

⁶³⁷ Cfr. ÁLVAREZ-SALA, “El crédito de participación”, cit., pp. 45 y 46.

Así las cosas, y por lo que se refiere al modo en que este derecho a participar en las ganancias incide en la partición conjunta efectuada por los cónyuges, hemos de reconocer que, en todo caso, resulta necesario determinar su cuantía al término del régimen⁶³⁸. Entonces, los cónyuges podrán pagar en dinero el importe del citado derecho o acordar su sustitución por bienes concretos⁶³⁹. Tras dicho pago en dinero o en bienes, éstos pasarán a formar parte del patrimonio del cónyuge acreedor y se podrán tener en cuenta a la hora de realizar la partición⁶⁴⁰. Para ello, como es lógico, han de sobrevivir ambos cónyuges. Así, cuando uno de ellos fallezca –fallecimiento que origina la disolución del régimen *ex arts. 1.392.1. y 85 Cc.*– no sobreviven ambos y no pueden realizar por sí mismos la determinación de la cuantía y el modo de pago del crédito de participación, a efectos de tenerlo en cuenta en la partición que efectúen.

⁶³⁸ Como parece lógico, estando vigente este régimen económico-matrimonial entre los cónyuges, será poco frecuente que ambos efectúen una partición unitaria, habida cuenta de la independencia de los patrimonios y de que ordinariamente lo único común a ambos es el derecho eventual –que se realizará sólo para uno de ellos– a participar en las ganancias. Si deciden efectuar una partición unitaria –al igual que ocurre si realizan una partición conjunta con objeto separado– habrán de proceder a la determinación a que nos referimos en el texto. Estas son las razones que explican que no hayamos distinguido ambas modalidades de partición en el texto.

⁶³⁹ Si no existe dinero suficiente en la herencia, se obtendrá a través de la venta de algunos bienes hereditarios, lo que, en modo alguno, tiene carácter excepcional (cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 527).

⁶⁴⁰ Aun cuando el derecho eventual a participar en las ganancias se abone en bienes, en todo caso se tratará de un pago (arg. *ex arts. 1.431 y 1.432 Cc.*) y no de la realización de una liquidación y partición como ocurría en el régimen de gananciales. Por este motivo no serán de aplicación los preceptos que el Código civil dedica a las particiones ni a la liquidación de la sociedad de gananciales (cfr. arts. 1.394 y ss.). En contra de esta opinión, vid. MORALES MORENO, quien admite la aplicabilidad por analogía de las reglas de la partición de la herencia cuanto el pago del crédito se realiza en bienes (cfr. “Comentarios al artículo 1.432 Cc.”, en VVAA., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984, p. 1907).

Este problema es similar al ya examinado con ocasión del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales. Y al igual que ocurría allí, existe un medio para sortear el citado problema: la elaboración por los cónyuges de una especie de “acuerdo anticipado”. De este modo, se posibilita que el derecho de participación se pueda determinar de forma aproximada anticipadamente y se pueda tener en cuenta en la partición de la herencia que efectúen los testadores⁶⁴¹. El indicado acuerdo vendrá conformado por la valoración provisional de ambos patrimonios y de los incrementos que se han operado en cada uno de ellos, determinando el importe del derecho de participación. Además, en el caso de que ambos cónyuges estén de acuerdo en sustituir el crédito de participación por bienes, podrán incluir un convenio en el que especificarán los que integrarán el citado derecho (cfr. art. 1.432 Cc.). Así, tanto el cónyuge acreedor como el deudor podrán tener en cuenta el crédito a efectos de la partición: el primero podrá incluir dichos bienes en la partición, según los términos del acuerdo, y el segundo no los incluirá.

Si efectivamente sobreviene la muerte de uno de los cónyuges y el acuerdo provisional no ha sido modificado, se aplicará éste en la medida de lo posible: en el caso de que la cuantía del crédito sea superior a la relación de bienes acordada por los cónyuges, la diferencia se pagará en dinero, salvo nuevo acuerdo con los herederos; si el importe del crédito resulta inferior a la cuantía de los bienes objeto del convenio, se pagará con éstos según el orden o en las condiciones establecidas en el acuerdo: p. ej., quién hace la elección de los concretos bienes, existencia de un orden de prelación de bienes afectos al pago del crédito de participación. En cambio, si efectuado el convenio, el régimen de participación se disuelve por una causa distinta a la del fallecimiento, los cónyuges procederán a la valoración definitiva de los incrementos patrimoniales en el momento de la disolución, y podrán, de común acuerdo, revocar el convenio anterior o modificar sus términos en relación a los bienes. En tal supuesto no se planteará problema alguno respecto de la partición, ya que tanto el cónyuge acreedor como el cónyuge

⁶⁴¹ Lo expuesto no impide que en la herencia se pueda contener un legado de dinero por la cuantía indeterminada de dicho crédito o que se disponga de él con cargo a cualquier tercio de la misma.

deudor conocerán con exactitud el incremento o la disminución de bienes que se ha operado en su patrimonio.

Por último, cabe apuntar que la valoración provisional de los patrimonios que se contiene en el acuerdo a que nos referimos puede ser realizada únicamente por los cónyuges, o por éstos auxiliados de peritos⁶⁴²; auxilio que, aunque es recomendable, no se exige de forma necesaria.

Recapitulando lo expuesto, podemos afirmar que el régimen de participación en las ganancias plantea un problema en cierto modo similar al que suscitaba la sociedad de ganancias en relación con la partición conjunta. Este problema estriba en que para la determinación del importe del crédito de participación, a efectos de tenerlo en cuenta en la partición, y su pago, es preciso que vivan ambos cónyuges. Así, si uno fallece, se determinará entonces el crédito pero no podrá haberse tenido en cuenta en la partición que se hubiese elaborado. Esta dificultad cabe solventarla a través de la realización de un “acuerdo anticipado” en el que se efectúa una valoración aproximada del crédito –con sustitución en bienes, si así lo convienen los cónyuges– posibilitando su inclusión en la partición conjunta.

C) Régimen de separación de bienes

El último régimen que vamos a analizar a efectos de la determinación positiva del haber partible de los cónyuges es el de separación de bienes; régimen económico-matrimonial que es el que plantea menos problemas a la hora de la delimitación de los haberes hereditarios de los cónyuges, y, por tanto, de los haberes partibles de cada uno de ellos. Como dispone el artículo 1.437 del Código civil, “*pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título*” hasta la disolución del régimen o su modificación. “*Asimismo – continúa el citado precepto– corresponderá a cada uno la administración,*

⁶⁴² Al no ser de aplicación el régimen de la partición de herencia dicho perito no tendrá en ningún caso las facultades del contador-partidor. Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, vol. I, cit., p. 526.

goce y libre disposición de tales bienes”. De acuerdo con ello, cada uno de los cónyuges puede conocer en todo momento el montante de su patrimonio privativo, pudiendo disponer de él en cualquier tiempo y por cualquier forma, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. Por esta razón, no se plantea ninguna dificultad respecto de la partición conjunta en cualquiera de sus dos modalidades⁶⁴³.

3.3.3 Las sustituciones y la partición de la herencia

A) Preliminares

Una vez examinada la relación existente entre el haber partible y los distintos regímenes económico-matrimoniales, sólo nos resta analizar una cuestión relativa a la delimitación positiva de aquél: la incidencia de los diferentes tipos de sustitución en la partición de la herencia. O dicho en otros términos: la determinación de si el haber partible puede verse ampliado a los bienes afectados por una sustitución.

En efecto, según veremos, al margen de que los testadores, en tanto titulares de las relaciones jurídicas que integran sus patrimonios, tengan la facultad de determinar quién o quienes le sucederán en ellas, en algunos casos pueden incidir también en el destino de determinadas relaciones jurídicas de

⁶⁴³ Sentado como principio general la separación de patrimonios de los cónyuges, hay que precisar, como pone de relieve REBOLLEDO VARELA (*Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil*, cit., pp. 81 y 82), que dichos patrimonios “no permanecen (tan) separados como en un plano teórico se puede suponer, sino que se van a establecer relaciones entre ellos y las confusiones que se producirán como consecuencia de la existencia de una comunidad de vida, van a conducir, en ocasiones, a que en el momento de la extinción del régimen sea necesaria una liquidación para restablecer el equilibrio entre ambos patrimonios”. De todos modos, el carácter independiente de la titularidad, cuya prueba reviste gran importancia en este régimen económico (vid. *ibidem*, pp. 85 y ss), facilita que los cónyuges no efectúen una partición unitaria. Por último, reconociendo que, en este concreto régimen económico, los bienes que los cónyuges tengan en comunidad constituirán, en principio, un condominio ordinario y no una comunidad del tipo de la de gananciales, vid. la sentencia de 14 de marzo de 1994 (RJA. nº 1.779).

las que no son titulares y que corresponden a un tercero –el sustituido–, por lo menos, en lo que se refiere a la sustitución pupilar y a la ejemplar (arts. 775 y 776 Cc.). Por tal motivo, en el presente apartado analizaremos la incidencia de los dos tipos de sustitución citados –los estudiaremos de forma conjunta, pues, como se verá, tienen un fundamento y un funcionamiento similar–, a la vez que también dedicaremos dos epígrafes a estudiar los otros tipos de sustitución que recoge el Código civil: la vulgar (art. 774 Cc.) y la fideicomisaria (arts. 781 a 789 Cc.).

B) La sustitución vulgar

Esta modalidad de sustitución que examinamos en primer lugar, cuyo origen se sitúa en el Derecho romano⁶⁴⁴, viene regulada por el artículo 774 del Código civil y constituye una sustitución en el sentido propio del término⁶⁴⁵. En efecto, la modalidad que comentamos responde a la idea esencial de la sustitución –ocupar el lugar del llamado a la herencia–, a diferencia de lo que sucede con otras figuras contenidas en el Código civil bajo el epígrafe “*de la sustitución*”. En la sustitución vulgar, una o varias personas son llamadas a heredar en defecto de las primeramente instituidas. Dicho en otros términos:

⁶⁴⁴ La finalidad de esta figura en el ordenamiento jurídico romano era el aseguramiento de la institución de heredero, y, dada la consideración de ésta como *caput testamenti*, de la eficacia de todo el testamento, cuando se trataba de un único heredero. En el ordenamiento jurídico español, al no resultar necesaria la existencia de una institución de heredero (cfr. art. 764 Cc.), el fundamento de esta figura ha de situarse actualmente en la libertad de que goza cualquier testador, unida, según SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., p. 677) y ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 152), a la jerarquía de afectos que tal testador establece. Así configurada, la sustitución viene a ser también un freno a la sucesión intestada (cfr. DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, tomo VIII, cit., p. 307).

⁶⁴⁵ El artículo 774 preceptúa que “*puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario*”. Que la sustitución vulgar es una sustitución en sentido estricto lo pone de relieve, entre otros muchos, TRAVIESAS, “Sustituciones hereditarias”, *RDP.*, tomo XIV, nº 171, diciembre, 1927, p. 405.

ocupan su lugar cuando éstas no llegan a ser herederos⁶⁴⁶. De este modo, solo existe un beneficiado cuando el llamado en primer lugar no llega a heredar: el sustituto, o los sustitutos si son llamados varios de forma conjunta⁶⁴⁷. Por ello, en este caso –si el sustituido no hereda– sólo tiene lugar una única transmisión: la que el causante realiza al sustituto, ya que el primeramente instituido nunca llegó a tener la cualidad de heredero⁶⁴⁸.

Al margen de los comentarios y discusiones doctrinales a que ha dado lugar la redacción y el contenido del artículo 774 del Código civil, la sustitución vulgar no plantea especiales problemas respecto de la partición ni respecto de la determinación del haber partible, que permanece inalterado. En efecto, si los testadores pueden nombrar a varios sustitutos para que ocupen el lugar del o de los primeramente instituidos, podrán realizar también la partición de los bienes –ya que pueden disponer, pueden partir– que les corresponderán a cada uno de aquellos en el caso de que efectivamente lleguen a ser herederos. De este modo, el testador o testadores tienen la posibilidad de determinar en el mismo testamento o en otro documento los bienes concretos de sus patrimonios que constituyen la cuota de las personas que sustituyen a las nombradas en primer lugar.

Así, por ejemplo, si los cónyuges testadores llaman a dos sustitutos para que ocupen el lugar de un coheredero primeramente instituido, parece lógico entender que, a falta de disposición expresa en contrario, le corresponderán a aquellos los bienes concretos que le correspondían al sustituido. Pese a todo, y

⁶⁴⁶ La sustitución vulgar también resulta aplicable al legatario (arg. ex art. 789 Cc.)

⁶⁴⁷ Si los sustitutos son llamados de forma sucesiva se aplica la máxima de que “*el sustituto del sustituto es sustituto del instituido*”.

⁶⁴⁸ Aun cuando no existe unanimidad al respecto, la mayoría de la doctrina considera que la sustitución vulgar es una institución sometida a una condición suspensiva negativa: *si heres non erit* (vid., por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., p. 675). En contra de esta opinión, vid. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 395 y 396 y ROCA SASTRE, *Notas al Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolff*, tomo V, vol. I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1976, p. 439.

aunque no es un supuesto muy frecuente, es factible que para tal caso –dos sustitutos para un coheredero primeramente instituido– los testadores prevean una nueva partición respetando tanto las cuotas de institución de los demás coherederos como las de los sustitutos (cfr. art. 774 Cc.); o incluso aún más: que establezcan unas cuotas de disposición diferentes para el caso de que un coheredero primeramente instituido no llegue a heredar⁶⁴⁹. De todos modos, como decimos, éste no constituye un caso frecuente.

Así pues, y a modo de resumen, cabe señalar que la sustitución vulgar no plantea problema alguno en relación con la determinación positiva del haber partible, debido a que los bienes objeto de la sustitución son los mismos que componen el haber partible de los testadores: éste permanece inalterado; lo que varía son los sujetos destinatarios del mismo⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ El juego de la sustitución vulgar posibilita la coexistencia de varios tipos de partición en la misma herencia. Si los testadores, habiendo determinado los bienes que componen la cuota del primeramente instituido, nombran dos o más sustitutos sin concretarles los bienes que les corresponden, se acudirá a las particiones subsidiarias contenidas en la LDCG. para realizar la distribución de los mismos: convencional, judicial u otras. Como parece lógico, ello no sucederá cuando el sustituto es uno sólo pues lo heredará todo. De otra parte, en el caso indicado en el texto, no parece probable que el testador nombre a un contador-partidor, salvo que haga un nombramiento genérico para partir lo que él mismo haya dejado sin distribuir.

⁶⁵⁰ Aunque excede del objeto de nuestro estudio examinar detenidamente las distintas opiniones doctrinales, según el criterio mayoritario en la doctrina –no unánime–, se ha de aplicar la transmisión del *ius delationis* (arts. 1.006 y ss. Cc.) y el derecho de representación (arts. 924 y ss. Cc.) antes que la sustitución, mientras que el derecho de acrecer (arts. 981 y ss. Cc.) cede ante ella, pues parece que ésta supone una derogación implícita de aquél. Sobre los distintos argumentos en que se apoyan las diferentes tesis, vid. las obras y páginas citadas en las notas anteriores, y en especial ALBALADEJO, “Comentarios al artículo 774 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo X, vol. II, Edersa, Madrid, 1984, pp. 32 y ss., y también *Sustituciones hereditarias*, Gráficas Summa, Oviedo, 1956.

C) La sustitución pupilar y la sustitución ejemplar

El origen de las figuras que intitulan el presente epígrafe se puede situar también en el Derecho romano, en el que, con tales sustituciones, se perseguía evitar que, tanto el pupilo como otros incapaces de testar, causaran una delación legítima al morir sin haber podido hacer testamento por carecer de *testamenti factio activa*⁶⁵¹.

En la sustitución pupilar, el titular de la *patria potestas* (*pater familias*), tras haber instituido heredero a un impúber a él sometido, designaba un sustituto para sí, condicionándolo al hecho de que ese impúber muriese sin haber alcanzado la pubertad, pero con la particularidad de que ese sustituto recibía, no sólo el patrimonio hereditario del testador, sino también los bienes adquiridos por el impúber al margen de la herencia⁶⁵². De este modo, el instituido en segundo lugar venía a convertirse, por un lado, en heredero sustituto respecto a la herencia del testador, y, por otro, en heredero del impúber fallecido, lo cual, desde el punto de vista práctico, equivalía a que el *pater familias* dejaba hecho un testamento para el impúber sometido a su *patria potestas*⁶⁵³.

⁶⁵¹ En Roma existió, en una primera época, sólo la sustitución pupilar, para el caso del impúber, es decir, del incapaz por razón de edad; posteriormente, y sobre la base de la anterior, se admitió, a modo de *beneficium*, esa sustitución también para otros supuestos de incapacidad (para el mudo: cfr. Digesto 28, 6, 43 pr.), posibilidad que Justiniano (cfr. Código 6, 26, 9, del año 528), *humanitatis causa*, generalizó *ad exemplum pupillaris*, dando así lugar a la llamada sustitución “quasi pupilar”, que había de ser recogida en la tradición jurídica hispánica (cfr. Partidas 6, 5, 1 y 6, 5, 11: “fecha en semejança”).

⁶⁵² Vid. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, 9ª edición, 1997, § 285.

⁶⁵³ Esta sustitución pupilar tenía que realizarse siempre en el marco de la peculiar *patria potestas* romana, caracterizada como un poder casi absoluto (*ius vitae necisque*) que permanecía hasta la muerte o *capitis deminutio* del *pater familias*, salvo los casos de emancipación o de entrega en adopción o *in manu* –en el caso de las mujeres– a otro *pater familias*. Lo expuesto en el texto resulta aún más evidente en el caso de una variante de esa sustitución pupilar: cuando el *pater familias* deshereda al impúber, instituyendo un heredero para sí mismo, y seguidamente, en previsión de que ese impúber pueda morir antes de llegar a la pubertad, nombra un heredero para los bienes que ese impúber desheredado haya podido adquirir.

Por lo que se refiere a la sustitución cuasi pupilar, ésta respondía a un principio esencialmente semejante al de la anterior, si bien se trataba de otras incapacidades de testar más permanentes, como eran las de los mudos, los sordos o los afectados por enfermedades mentales (*furiosi*). También en estos casos la finalidad buscada era la de instituir un heredero para un descendiente sin capacidad para hacer testamento, evitando de este modo que, al morir, ese incapaz causara una delación legítima.

A la vista de lo expuesto, y siguiendo a DE BUEN y ALBALADEJO, se puede colegir que, en el fondo, tanto la sustitución pupilar como la ejemplar tienen un mismo fundamento y un mismo fin⁶⁵⁴: suplir la falta de capacidad⁶⁵⁵. Lo que no impide que ambas instituciones operen en distintos supuestos y por distintas causas⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ La mayoría de los autores reconoce que la sustitución pupilar y ejemplar tienen un mismo fundamento y un mismo fin, ya lo señalen de modo expreso, ya de modo implícito, cuando al ocuparse de la sustitución ejemplar se limitan a hacer una remisión en bloque al régimen de la sustitución pupilar. Vid., entre otros, DE BUEN, voz “Sustitución ejemplar”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXIX, Barcelona, 1910, pp. 158 y 159, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., pp. 684 y 685, ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cit., pp. 163 y 164, ALBALADEJO, “Comentarios a los artículos 775 y 776 Cc.”, tomo X, vol. II, Edersa, Madrid, 1984, p. 50, RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, tomo II, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1997, p. 20 y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, quien, yendo más allá, afirma que “constituyen, en rigor, una sola institución jurídica, si bien referida cada uno a supuestos de hecho distintos” (*Derecho de sucesiones*, tomo I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1995, p. 473). Constituye una excepción a la doctrina mayoritaria OSSORIO MORALES (cfr. *Manual de sucesión testada*, cit., p. 253).

⁶⁵⁵ Cfr. las sentencias de 2 de diciembre de 1915 (JC. tomo CXXXIV nº 121) y de 10 de diciembre de 1929 (JC. tomo CXCI nº 139).

⁶⁵⁶ Como declara la sentencia de 2 de diciembre de 1915 (JC. tomo CXXXIV nº 121), el fundamento de la sustitución pupilar fue “siempre la patria potestad (..) y el de la ejemplar el amor de los ascendientes a los descendientes”. En este mismo sentido, vid. las sentencias de 13 de diciembre de 1909 (JC. tomo CXVI nº 96) y de 10 de junio de 1941 (RJA. nº 745). Siendo ello así, en la doctrina se admite que, actualmente, las sustituciones a que nos referimos se basa más en el interés y cariño de los ascendientes que en la patria potestad (vid.,

Así las cosas, las citadas figuras han sido recogidas con diferente amplitud en los artículos 775 y 776 del Código civil, a cuyo tenor: “los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad”; y “el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental. La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón”⁶⁵⁷. Pues bien, la recepción de la sustitución pupilar y ejemplar por el Código civil no impide reconocer, con la mayoría de la doctrina, que estas dos sustituciones están en franca regresión, ya que tienen poco uso y no se contemplan generalmente en los Códigos civiles más modernos⁶⁵⁸.

Al margen de que ello sea así, en lo que a nosotros atañe –la incidencia de las sustituciones pupilar y ejemplar en la partición; más en concreto, en la determinación del haber partible– especial relevancia tiene la cuestión relativa a la extensión objetiva de las mismas. Cuestión que es una de las que más

por todos, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. I, cit., p. 466). Buena prueba de ello es que pueden ser sustituyentes ascendientes que no ostenten la patria potestad (arg. ex art. 775 y 776 Cc.). Son de esta opinión, entre otros, ALBALADEJO (“Comentarios a los artículos 775 y 776”, tomo X, vol. II, cit., p. 55) y CÁRDENAS (“La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación”, *RDP.*, tomo XXV, nº 416, noviembre, 1951, p. 927).

⁶⁵⁷ No cuadra del todo bien el término sustitución con el contenido de dichas figuras, en especial, si se sigue la tesis amplia que, en breve, se examinará. Y ello, porque, en tales casos, más que ante una sustitución estamos ante una suplantación del causante por un testador. De este modo, el sustituto es algo más que un mero sustituto: viene a ser, por voluntad del testador-sustituyente, el heredero del menor o del incapaz. Así lo ponen de manifiesto, entre otros, ROYO MARTÍNEZ (*Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 163) y ALBALADEJO (“Comentarios a los artículos 775 y 776 Cc.”, en *VVAA.*, *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 1901). En sentido similar se pronuncia DE BUEN (*Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, tomo VIII, cit., p. 306).

⁶⁵⁸ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., p. 676.

debate ha suscitado entre la doctrina, que se concentra en torno a las dos posiciones que a continuación se exponen.

a) Tesis amplia⁶⁵⁹: de acuerdo con esta opinión doctrinal, el sustituyente –el testador o testadores, en nuestro caso– puede disponer de todos los bienes del sustituido, tanto de los que éste haya de recibir de aquél como de los bienes propios del descendiente sustituido. Apoyan esta tesis, entre otros, los siguientes argumentos. 1º-. *Histórico*: a lo largo de la historia se ha concebido esta figura de forma amplia, al modo de un testamento por el sustituido, y, por ello, si no existen razones de peso que justifiquen su modificación no hay por qué reducir tal extensión refiriéndola únicamente a los bienes que el sustituido recibe del sustituyente –el testador o testadores en nuestro caso–⁶⁶⁰. 2º-. *Lógico*: entender los artículos 775 y 776 Cc. de forma estricta implica

⁶⁵⁹ Excede de nuestro trabajo detenerse a considerar los argumentos de cada uno de los autores partidarios de esta tesis. Para ello nos remitimos a las páginas que a continuación citamos y a los Comentarios de ALBALADEJO (“Comentarios a los artículos 775 y 776 Cc.”, tomo X, vol. II, cit., pp. 59-77), en los que se recoge la exposición más completa que hemos encontrado sobre las ventajas y desventajas de cada una de las dos tesis. Junto con los autores que se citan en las notas siguientes, también defienden la tesis amplia, entre otros: MAURA (*Dictámenes*, tomo III, Editora Saturnino Calleja, Madrid, 1930, pp. 313-328, en especial las pp. 319-322), PUIG PEÑA (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. I, cit., pp. 459 y ss., en especial la p. 468), CÁRDENAS (“La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación”, cit., p. 928), y, más recientemente, ÁLVAREZ LATA (VVAA., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, A Coruña, 1999, pp. 247 y 248) y MESA MARRERO (“Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 43, julio-septiembre, 2002, pp. 206-208).

⁶⁶⁰ Vid. Partidas 5, 5, 6 y 5, 5, 7. Reconociendo que se testa por otro, vid. las sentencias de 6 de febrero de 1907 (JC. tomo CVI nº 45) y de 20 de mayo de 1972 (RJA. nº 2.559). A este respecto, TRAVIESAS (“Sustituciones hereditarias”, cit., pp. 411 y 412) entiende que existe una excepcional habilitación legal para disponer de los bienes del sustituido que opera al modo de la representación: el sustituyente –el representante– concluye un negocio –el testamento– en nombre del representado –el sustituido–. Así, se salvaría la crítica realizada por algún autor de que, en caso de que el sustituido alcanzase la edad de catorce años o recuperase la capacidad y otorgase testamento, estaría revocando el testamento de un tercero.

asimilarlos en cuanto a los efectos a una sustitución fideicomisaria condicional, por lo que su existencia carecería de sentido. 3º-. Los autores que defienden esta opinión arbitran un sistema de reglas para aquellos casos en que sean varios los ascendientes que realicen testamento por el sustituido y éstos sean parcial o totalmente incompatibles⁶⁶¹. 4º-. *Positivo*: el texto del artículo 777 Cc. abona la interpretación amplia, ya que, de no entenderse de esta forma, el citado precepto carecería de sentido, pues en él se prescribe que “*cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas (las sustituciones) en cuanto no perjudiquen los derechos legítimos de éstos*”.

b) Tesis estricta⁶⁶²: de acuerdo con esta tesis, la sustitución únicamente comprendería los bienes que el sustituido recibe del sustituyente –el testador o testadores, en nuestro caso–. Algunos de sus argumentos son idénticos a los expuestos en la tesis amplia, aunque en sentido opuesto. 1º-. *Histórico*: debido al cambio de circunstancias sociológicas y jurídicas que dieron lugar a la sustitución, es necesario realizar una reducción del ámbito objetivo –ahora no existe el rechazo a la sucesión

⁶⁶¹ Vid. VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., pp. 120-122 y ALBALADEJO, “Comentarios a los artículos 775 y 776 Cc.”, tomo X, vol. II, cit., pp. 92-99.

⁶⁶² Los autores partidarios de la tesis estricta son, entre otros, MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, tomo XIII, 5ª edición revisada y puesta al día por Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1944, pp. 580 y ss.), SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., p. 683), VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, tomo V, cit., p. 196), DE BUEN (*Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, tomo VIII, cit., pp. 306 y ss., en especial las pp. 310-312), MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, tomo VI, cit., pp. 149 y ss., en especial las pp. 151 y 152), CASTÁN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. II, cit., pp. 238 y 239), LÓPEZ Y LÓPEZ (“Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español”, *ADC.*, tomo XI-I, enero-marzo, 1958, pp. 3 y ss.), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. II, cit., pp. 581-583) y LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., pp. 441-444). Y, más recientemente, GONZÁLEZ LAO, “Naturaleza jurídica y objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Derecho común”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 43, julio-septiembre, 2002, pp. 75-120, en especial, las pp. 113 y ss.

intestada que antes existía, no hay temor a las asechanzas a la vida del pupilo, y la figura no se basa únicamente en la patria potestad-. 2º-. *Lógico*: no hay problema alguno en equiparar estas sustituciones a las fideicomisarias de residuo, ya que, en todo caso, es preciso diferenciar dos masas de bienes independientes. 3º-. Es posible que, de acuerdo con la tesis amplia, existan varios testamentos por tercero incompatibles entre sí. 4º-. Positivo: la interpretación amplia supone contravenir lo dispuesto por el artículo 670 Cc. sin que ningún precepto permita expresamente tal contravención⁶⁶³. 5º-. Derecho comparado: en los actuales Códigos no se recoge esta figura, e incluso en algunos se proscribió expresamente⁶⁶⁴.

Como se puede colegir de lo expuesto, las dos opiniones doctrinales mencionadas tienen sus ventajas y sus inconvenientes⁶⁶⁵. Siendo ello así, por lo que a la doctrina se refiere, la tesis estricta es la defendida por la mayoría de los autores. Y desde el punto de vista jurisprudencial, cabe señalar que, respecto del ámbito objetivo de la sustitución que comentamos, la tesis restrictiva también es la que se mantiene actualmente –usando algunos de los argumentos doctrinales que hemos reseñado anteriormente–, aun cuando en algunas sentencias anteriores el Tribunal Supremo se pronunciase –de forma incidental– a favor de la tesis amplia⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Los partidarios de la tesis amplia defienden que ello no sucede porque: el artículo 670 Cc. se refiere a los capaces de testar y no fue dictado para prohibir las sustituciones pupilar y ejemplar; y, tanto en el Derecho romano como en las Partidas –ordenamientos en los que se recogía el principio contenido en el 670 del Cc.– ya se admitían estas sustituciones.

⁶⁶⁴ Relativizando el argumento de Derecho comparado vid. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, vol. I, cit., p. 468. De otra parte, en lo que al Derecho foral se refiere, mientras que en la ley 227 del FN. de Navarra se defiende la tesis estricta, los artículos 171 a 174 y 175 a 179 del CSCM. de Cataluña y el artículo 14 de la CDC. de Baleares mantienen la tesis amplia respecto de las sustituciones pupilar y ejemplar.

⁶⁶⁵ En la doctrina, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, tomo IV, cit., pp. 386 y 387) no se han decantado expresamente por ninguna de las dos opciones.

⁶⁶⁶ La sentencia de 20 de marzo de 1967 (RJA. nº 1.665) reconoce, respecto de una sustitución ejemplar –argumentación referible a la pupilar– que “el sustituto no debe heredar

A los efectos que a nosotros interesan –la incidencia de la sustitución pupilar y ejemplar en el haber partible de los testadores– la tesis que se adopte afectará a la partición en la misma medida en que dicha tesis afecte a la disposición. En efecto, si el ascendiente –el testador sustituyente– se encuentra habilitado para “disponer” de las relaciones jurídicas del sustituido, en virtud del principio de que *quien puede lo más puede lo menos*, también podrá distribuir vía particional tales relaciones jurídicas⁶⁶⁷. Así, en un caso – de acuerdo con la tesis estricta, que es la defendida mayoritariamente en la actualidad– los testadores sustituyentes podrán disponer y partir solamente los bienes que de ellos recibe el sustituido; y en el otro, podrían disponer y partir todo el patrimonio del sustituido –tesis amplia–. Por tanto, el haber partible de los testadores se mantiene intacto en el primer caso, pues sólo parten los bienes que de ellos recibe el sustituido, y se ampliaría en el otro a todos los bienes de éste⁶⁶⁸.

Por último, sólo resta apuntar que al margen de las causas generales de ineficacia, de los artículos 775 y 776 del Código civil se infiere que la disposición y distribución de bienes realizada por los testadores sustituyentes

más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones, si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima”. De otra parte, contienen pronunciamientos incidentales a favor de la tesis amplia las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1907 (JC. tomo CVI nº 45), 10 de diciembre de 1929 (JC. tomo CXCI nº 139) y la de 10 de junio de 1941 (RJA. nº 745).

⁶⁶⁷ Sin embargo, en nuestra opinión, las facultades del sustituyente no se extienden a aquellas disposiciones no patrimoniales que se pueden contener en el testamento –p. ej., el reconocimiento de un hijo– ya que la esencia de la sustitución es disponer *mortis causa*, es decir, ordenar la sucesión en el patrimonio de otro.

⁶⁶⁸ El poder de configuración jurídica que el testador-sustituyente tiene en la herencia del sustituido, y, por tanto, su posibilidad de efectuar la partición de la misma, no implica que la herencia de ambos se aglutine en una. En todo caso, son herencias diferentes que se defieren de modo separado, aun cuando su disposición y partición se puedan efectuar en un mismo documento. Es en tal sentido, en el que decimos que se “amplía” el haber partible de los testadores.

no producirá ningún efecto cuando el menor alcance la edad de catorce años o cuando el declarado incapaz otorgue testamento “*durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón*” (art. 776 Cc.).

Llegados a este punto, terminaremos el estudio de la delimitación positiva del haber partible con el examen de la incidencia de las llamadas sustituciones fideicomisarias en la partición conjunta.

D) La sustitución fideicomisaria

También el origen de las sustituciones fideicomisarias ha de situarse en el ordenamiento jurídico romano, que distinguió dos tipos: la vulgar y la propia⁶⁶⁹. En lo que a nosotros interesa, esta última modalidad se produce al encargar el fideicomitente diferentes fideicomisos a cargo de sucesivos fideicomisarios, los cuales vienen así a convertirse ellos mismos en fiduciarios al recibir los bienes objeto del fideicomiso⁶⁷⁰.

Pero esta forma original de sustitución fideicomisaria propia, pese a que nada impediría que pudiese referirse a toda la herencia, no se corresponde con la que nuestro Código civil califica de tal, que más parece una fusión de aquella con el llamado fideicomiso de herencia⁶⁷¹, mediante el cual el testador fideicomitente encomendaba a su heredero –fiduciario– el fideicomiso de

⁶⁶⁹ Vid. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., § 326. La sustitución fideicomisaria vulgar se refiere a la previsión del fideicomitente de la posibilidad de que el fideicomisario no quiera o no pueda recibir el fideicomiso, para cuyo evento designa un segundo fideicomisario, al que el fiduciario deberá entregar el fideicomiso.

⁶⁷⁰ De esta sustitución fideicomisaria propia surgirá, en época medieval, el llamado “fideicomiso de familia” y otras figuras más o menos afines.

⁶⁷¹ Vid. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., §§ 328 y ss. Con todo, en Derecho romano, los fideicomisarios de herencia no llegaron a tener la consideración de verdaderos herederos hasta que el senadoconsulto Trebeliano (del año 56/57 d.C.) consideró al fideicomisario universal o de toda la herencia “como si fuese un heredero” (*loco heredis*), desligando a éste de todas las relaciones hereditarias, que pasaban así, mediante ficción, al fideicomisario.

traspasar a un fideicomisario toda la herencia –fideicomiso universal– o parte de ella.

Así las cosas, en la sustitución que comentamos, cuya regulación se contiene en los artículos 781 a 789 del Código civil⁶⁷², el causante, llamado fideicomitente –el testador o testadores, en nuestro caso–, “*encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia*” (cfr. art. 781 Cc.)⁶⁷³. De este modo, el primer heredero –fiduciario– debe traspasar todo o parte de dicha herencia a los destinatarios finales de los bienes –fideicomisarios–⁶⁷⁴. Como se puede advertir, existen varios beneficiados: los fiduciarios y los fideicomisarios; y varias transmisiones: del testador al fiduciario y de éste a otro fiduciario o a los fideicomisarios. Así, a diferencia de lo que sucede en los demás tipos de sustitución, en ésta existen varios herederos sucesivos. Con todo, el hecho de que la condición de heredero sea temporal o de duración limitada no es óbice para que, tanto el

⁶⁷² En relación con los antecedentes históricos de la sustitución fideicomisaria del Código civil, vid., entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. I, cit., pp. 691-694; VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo I, Civitas, Madrid, 1982, pp. 285 y ss., y DOMINGO AZNAR, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 17-47. Por otro lado, la ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad ha modificado el artículo 782 del Código civil, estableciendo que “*las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes*”.

⁶⁷³ La obligación del fiduciario de conservar los bienes no es un elemento *esencial* de la sustitución fideicomisaria sino un efecto *natural* de la misma, ya que la nota característica y típica de este tipo de sustitución es el orden sucesivo y múltiple (cfr. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 401, y VALLET, *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 295 y los autores que allí se citan). Lo anterior viene corroborado además por el artículo 783.2 del Código civil en el que se permite al testador conceder al primer heredero –también llamado fiduciario– la facultad de disponer de determinados bienes.

⁶⁷⁴ La existencia de fiduciarios y fideicomisarios no empece para que, junto a ellos, también concurran a la herencia herederos puros y simples.

fiduciario como los fideicomisarios, tras el paso del plazo de tiempo determinado por el fideicomitente –el testador o testadores, en nuestro caso–, sean verdaderos herederos⁶⁷⁵.

Así configurada la sustitución fideicomisaria, se evidencia que, al igual que sucedía con la vulgar, esta modalidad de sustitución no afecta al contenido del haber partible: éste sigue siendo el mismo. El haber partible se mantiene invariado; lo que cambian son los destinatarios del mismo. Ello no empece para que los testadores fideicomitentes, como consecuencia lógica de su poder de disposición y junto con la determinación de los bienes concretos con que rellenar las cuotas que corresponderán al fiduciario o fiduciarios y a los demás herederos, puedan determinar también los bienes que recibirán los fideicomisarios de los fiduciarios; determinación que será vinculante tanto para los fiduciarios y coherederos como para los fideicomisarios⁶⁷⁶.

Si los testadores solamente realizan la partición entre los herederos puros y los fiduciarios, y no parten los bienes correspondientes a los fideicomisarios –en el caso de que éstos sean varios– caben diversas posibilidades: que los fideicomisarios, una vez lleguen a ser herederos, partan de común acuerdo los bienes que hayan recibido del o de los fiduciarios –sería una partición

⁶⁷⁵ Cfr. ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 273 y 274. Sobre esta base, la doctrina estima que el fiduciario tiene la facultad de pedir la partición de la herencia y de partirla de acuerdo con el resto de los coherederos (cfr. arts. 164 y ss. LDCG.); partición que será válida y eficaz para los fideicomisarios. En las sustituciones fideicomisarias puras, el fideicomisario tiene derecho a una cuota parte de los bienes sujetos a fideicomiso desde la muerte del fideicomitente, que puede incluir en su herencia –y proceder a su distribución si los bienes que la componen están especificados–. Asimismo, aunque fallezca antes de recibir la herencia, transmitirá a sus herederos el derecho que tenía de acuerdo con su cualidad de verdadero heredero (cfr. art. 784 Cc.). En las sustituciones fideicomisarias condicionales si el fideicomisario fallece antes de que se cumpla el evento señalado no transmite nada pues solamente goza de una expectativa hasta el cumplimiento de la condición.

⁶⁷⁶ Son de esta opinión, entre otros, VALLET (*Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 313) y DE LA CÁMARA (“Partición, enajenación y división de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria”, *RDP.*, tomo XXXII, nº 376-377, 1948, p. 651, p. 652). Vid. también el artículo 211 del CSCM. de Cataluña.

contractual con base en los artículos 164 LDCG. y ss.–, o que los testadores nombren a un contador-partidor a tal efecto, pudiendo recaer este nombramiento en un fiduciario⁶⁷⁷.

E) Conclusión

A modo de conclusión de lo expuesto sobre la incidencia de las diferentes modalidades de sustitución en relación con la partición conjunta, cabe afirmar que la determinación positiva del haber partible no se ve alterada por la existencia de una sustitución vulgar o de una sustitución fideicomisaria. En tales supuestos, la única incidencia que pueden producir las indicadas sustituciones consiste en que los testadores habrán de determinar las personas –en algunos casos, podrán prever también una distribución subsidiaria de los bienes, p. ej., si llaman a dos sustitutos para un heredero primeramente instituido– para cuando surtan efecto tales figuras.

Sin embargo, no cabe decir lo mismo por lo que a las sustituciones pupilar y ejemplar se refiere. En efecto, según hemos visto, el haber partible de los testadores puede mantenerse intacto o verse ampliado a todo el patrimonio del sustituido, según se opte por defender la tesis estricta o la tesis amplia en lo referente al ámbito objetivo sobre el que juega la sustitución. En un caso, el haber partible se mantiene inalterado, pues se entiende que la sustitución sólo afecta a los bienes que el sustituido recibió de los testadores –tesis estricta–, y, en otro, se “amplía” a todos los bienes del sustituido –tesis amplia–.

⁶⁷⁷ Prescindimos aquí de la partición judicial y de la llamada “partición arbitral” por la mayor importancia que tienen las particiones que se mencionan en el texto. El fiduciario puede ser nombrado contador-partidor por los testadores, bien para partir entre los fideicomisarios los bienes que integran su cuota, bien para partir toda la herencia. Esta última posibilidad sólo es admisible cuando no haya peligro de parcialidad. De igual modo, también podría ser contador-partidor el fideicomisario que vaya a recibir toda la herencia de los distintos fiduciarios pues tampoco habría lugar para la parcialidad. Cfr. también los supuestos que cita ALBALADEJO, “Comentarios a los artículos 781 a 784 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo X, vol. II, Edersa, Madrid, 1984, pp. 369 y 370.

IV. LA PARTICIÓN PARCIAL DE LA HERENCIA

4.1 Preliminares

Una vez delimitados los bienes incluidos y excluidos tanto de la herencia como del haber partible, para terminar el presente capítulo hemos de cuestionarnos acerca del número de bienes que los testadores han de distribuir cuando realizan la partición conjunta de sus herencias. Dicho de otro modo: hemos de examinar si para aplicar el régimen referible a la partición de la herencia conjunta, necesariamente se han de incluir en la misma todos los bienes de los testadores, o si, por el contrario, cabría aplicar dicho régimen cuando solamente se distribuya parte del patrimonio.

Sobre este aspecto, de entrada, cabe señalar que la mayoría de los autores y el sentir jurisprudencial mayoritario reconocen que el artículo 1.079 del Código civil permite que en la partición no se hayan de incluir de forma necesaria todos los bienes⁶⁷⁸. Dicho reconocimiento implica admitir –como de hecho se hace– la posibilidad de convivencia de varios tipos de partición en una misma herencia.

Siendo ello así, en el presente apartado también nos detendremos a examinar el modo en que incide en una partición conjunta parcial la

⁶⁷⁸ Aún cuando la admisión de la partición parcial recogida en el artículo 1.079 del Código civil sea aplicable a las diversas modalidades de partición –en él no se hace ninguna distinción y *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere habemus*–, en el presente apartado únicamente estudiaremos aquélla en relación con la partición realizada de forma conjunta por los testadores. Ello no obsta para reconocer que la mayor parte de la doctrina ha estudiado la partición parcial desde la perspectiva de la partición convencional. Entre otros autores que admiten la aplicabilidad del artículo 1.079 Cc. a todo tipo de particiones, vid. GUILARTE ZAPATERO, “Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código Civil”, *ADC.*, tomo XIX-I, enero-marzo, 1966, p. 76, y ROBLES LATORRE, “El concepto de partición parcial”, en *VVAA.*, *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo III, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 1567-1577. Este último autor opina, además, que lo corriente es que toda partición por testador sea parcial, bien porque existan bienes de la herencia que no tuvo en cuenta el testador, bien porque hayan sido adquiridos con posterioridad a la realización de la partición (*ibidem*, p. 1574).

voluntariedad de la omisión. En otros términos: estudiaremos si se le han de aplicar regímenes jurídicos diversos a la partición conjunta parcial voluntaria –se omite de forma consciente parte del patrimonio– y a la involuntaria –la omisión no es intencionada–. Comencemos, pues, con la primera de las cuestiones planteadas.

4.2 El fundamento de la partija parcial

El fundamento legal que posibilita que la partición conjunta sea parcial, y, por tanto, que no incluya necesariamente todos los bienes, ha de situarse, como sabemos, en el artículo 1.079 del Código civil⁶⁷⁹; precepto que permite la adición de los bienes no incluidos en la partija. Según establece la citada norma “*la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*”⁶⁸⁰. Este precepto, por tanto, constituye el único reconocimiento legal de que goza la partición parcial en el Código civil –aplicable al Derecho gallego (arg. ex art. 3 LDCG.)–⁶⁸¹.

Asimismo, también cabe referirse, en este ámbito, al artículo 667 del Código civil, que, como es conocido, permite disponer vía testamentaria de parte de los bienes –no necesariamente han de ser todos–. Si ello es así respecto de la disposición, igual razonamiento se podrá aplicar a la partición. *Quien puede lo más, puede lo menos*: por tanto, si los testadores pueden

⁶⁷⁹ Vid., por todos, DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, cit., pp. 215 y 216. Y, en relación con el Derecho gallego, vid. LETE ACHIRICA, “Comentarios al artículo 157 LDCG.”, cit., p. 1255.

⁶⁸⁰ En la jurisprudencia, la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272), entre muchas otras, reconoce la posibilidad de realizar una partición por testador parcial. Y, de modo implícito, vid. la sentencia de 2 de junio de 1967 (RJA. nº 2.704).

⁶⁸¹ En el Derecho catalán, el artículo 55 del CSCM. recoge la posibilidad que tiene el testador de realizar una partición parcial de su herencia, estableciendo en su párrafo primero que “*la partición podrá llevarla a cabo el propio testador, por acto entre vivos o de última voluntad, y podrá comprender toda la herencia o sólo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados*”.

disponer a su voluntad del todo o parte de la herencia (arg. *ex art.* 667 Cc.), lógicamente también habrá de reconocérseles la facultad de realizar la partición sobre todos o parte de los bienes. De este modo, la decisión del número de objetos o bienes sobre el que recae la partija –que sea total o parcial– corresponde a la voluntad de los testadores.

Así las cosas, cuando los testadores efectúen una primera partición que no se refiera a todos los bienes, quedarán algunos sin distribuir, para cuyo reparto habrá de acudir a otras formas de distribución: a otra partición conjunta parcial, a una partición efectuada por un contador-partidor, por los herederos, etc. En tales supuestos, a través de diversas formas se conseguirá partir toda la herencia⁶⁸². Realidad que pone de manifiesto que la partición *es de herencia* y que ésta, como tal, sólo se parte una vez.

En efecto, la *partición* cumplirá su objetivo último cuando *toda la herencia* esté dividida y distribuida entre los herederos –aunque una parte sea en proindiviso⁶⁸³–. Así, no parecería lógico admitir que nos encontremos ante una partición *de la herencia* cuando no se dé esa característica de la

⁶⁸² En efecto, no necesariamente ha de ser una misma persona la que distribuya toda la herencia, tal y como el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones al reconocer la posibilidad de convivencia de varios tipos de partición. A este respecto, vid. las sentencias de 21 de mayo de 1966 (RJA. nº 3.815) y de 25 de enero de 1971 (RJA. nº 289), entre otras. En la doctrina, la admiten también, entre otros, LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 145 y ROBLES LATORRE, “El concepto de partición parcial”, cit., p. 1568.

⁶⁸³ Vid., al respecto, las sentencias de 21 de mayo de 1966 (RJA. nº 3.815), de 20 de febrero de 1984 (RJA. nº 695), de 14 de abril de 1986 (RJA. nº 1.849), y de 29 de diciembre de 1988 (RJA. nº 10.071), entre otras. Y, en la doctrina, vid. GARCÍA MONGE (“La partición de la herencia”, *RDP.*, tomo XLVII, febrero, 1963, pp. 139 y 140), quien considera que no constituye una “característica esencial de tal acto (la partición) la de que entraña una división –material– de bienes”. Por otro lado, entre los autores que reconocen que la partición cumple su objetivo último con la distribución total de la herencia, vid. LACRUZ y SANCHO, *Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 145 y ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., pp. 129, 130, 137 y 138; y, específicamente, respecto de la partición por testador, vid. DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho Civil* de COLIN y CAPITANT, tomo VIII, cit., p. 428 y ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 157.1 LDCG.”, cit., p. 232.

universalidad⁶⁸⁴; es decir, cuando no se refiera a todas las relaciones jurídicas de que eran titulares los causantes, por más que haya determinados actos que puedan facilitar tal distribución. Y es que, como sabemos, el momento en que toda la herencia está distribuida entre los herederos suele ser el resultado de un proceso complejo en el que es posible que se den varias formas de distribuir los bienes: unos los podrá dividir el testador, otros los propios herederos, otros un contador-partidor.

Así las cosas, es preciso no olvidar que las diferentes atribuciones de bienes que pueden conformar este proceso complejo, que culmina con la distribución total del caudal relicto, están unidas y tienen sentido puestas en relación con el fin superior al que tienden: la partición de la herencia⁶⁸⁵. Por ello, tanto las distribuciones de bienes realizadas por el testador, por el contador-partidor, por los coherederos, como el resto de las operaciones particionales –inventario, avalúo– están agrupadas por un fin unitario superior que es la distribución total de la herencia⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ A este respecto, como indica CUTILLAS TORNS (*La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, cit., p. 78), “la partición se refiere y es por y para la herencia”. A lo que añade que “si esto es así –la partición es por y para la herencia y ésta es una universalidad (*universum ius defuncti*), complejo unitario y orgánico de relaciones jurídicas activas y pasivas–, solamente se podrá hablar de partición cuando estemos ante esa universalidad (...). Consecuentemente, la partición sólo es posible, sólo puede llevarse a efecto y sólo puede hablarse de ella con rigor y propiedad en relación a la universalidad”.

⁶⁸⁵ Relacionado con este aspecto, y con referencia, fundamentalmente, a una partición por coherederos, en la doctrina del Código civil ha habido una interesante polémica en torno a la complementariedad o independencia de las particiones parciales, y también en torno a si aquéllas pueden ser rescindidas por lesión. A favor de esto último, vid. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo IV, cit., p. 561. En contra, vid., por todos, VALLET, “Comentarios al artículo 1.079 Cc.”, cit., pp. 585 y ss. Y, manteniendo una tesis intermedia, vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., p. 762.

⁶⁸⁶ Así las cosas, es preciso hacer notar que la referida tesis de que la herencia se parte sólo una vez fue defendida, ya en el Derecho romano, por ULPiano, quien reconocía en el Digesto que “la acción de partición de herencia no puede ejercitarse más que una vez, si no con conocimiento de causa. Mas si se dejaron indivisas algunas cosas, puede intentarse respecto a ellas la acción de división de cosa común” (Digesto 10, 2, 20, 4). El texto transcrito, que reconoce la posibilidad de existencia de varias distribuciones con el fin de

4.3 La voluntariedad o involuntariedad en la omisión de objetos

Señalado que la voluntad de los cónyuges testadores es la que fundamenta la posibilidad de que efectúen una partición conjunta parcial, esto es, que no distribuyan todos los bienes que forman su haber partible, adjudicando solo una parte de los mismos, a continuación nos centraremos en el examen de los diversos tipos de partición parcial: la partición parcial voluntaria y la involuntaria. En ambos supuestos se produce una divergencia entre el haber partible real de los testadores y los bienes que efectivamente son objeto de la partición, ya que ambos no se identificarán plenamente. La diferencia estriba en que, en un caso, tal divergencia es querida por los testadores, y, en el otro, no⁶⁸⁷.

partir todo el caudal hereditario, podría servir de apoyo para defender que no resulta viable la realización de una *partición parcial* de la herencia, en atención a que la herencia sólo se parte una vez. De este modo, la llamada partición parcial de la herencia sería una *distribución sectorial* de bienes de cara a la partición, pero no una “*partición*” en sentido estricto, ya que ésta solamente puede ser de toda la herencia. Vid., al respecto, VALLET, quien escribe que “la partición de herencia lo es de todas las relaciones relictas por el *de cuius*, activas y pasivas, con la consiguiente liquidación de éstas o su adjudicación con esa finalidad” (“Comentarios al artículo 1.079 Cc.”, cit., pp. 568 y 577; vid. también *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II, cit., p. 892). Por otro lado, CUTILLAS TORNS apunta que “la partición parcial de que habla la doctrina y jurisprudencia no es tal partición, o mejor dicho no supone un acto particional. Habrá habido una división o una adjudicación de alguno o algunos bienes a concreto o concretos sucesores. Se habrá podido colmar su cuota, pero aún así la herencia no se ha liquidado. Podrá haber ocurrido también una división o adjudicación de uno o varios bienes a determinado o determinados sucesores, sin que se haya podido completar su cuota, y, en definitiva estaremos ante adjudicaciones a cuenta” (*La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, cit., p. 85). De acuerdo con este planteamiento de la cuestión, parecería más acorde usar términos tales como “distribución”, “adjudicación parcial de bienes de la herencia” u otros similares en vez del de “*partición*” parcial. Con todo, en atención a la consolidación de esta expresión en la doctrina y en la jurisprudencia, y a que las diversas denominaciones no conllevan un régimen jurídico diferente, continuaremos refiriéndonos a la *distribución parcial de bienes* utilizando los términos “partición parcial”.

⁶⁸⁷ Como examinaremos a continuación, la diferenciación de la omisión según sea voluntaria o involuntaria no conlleva la aplicación de un régimen jurídico distinto para cada uno de ambos supuestos.

La omisión involuntaria tiene lugar cuando los bienes objeto de la partición no constituyen todo el haber partible real de los testadores por haberse excluido relaciones jurídicas de que los causantes eran titulares sin que existiese tal propósito en ellos. En este supuesto estamos ante una partición que, intencionalmente, pretende ser total aunque objetivamente no tiene tal condición por el hecho de que se ha omitido algún bien, sea cual fuere su entidad⁶⁸⁸. En este caso –relativamente frecuente ya que los testadores no suelen realizar un inventario exhaustivo y completo de su patrimonio–, es posible también que, con posterioridad a la realización de dicha partición, aparezcan bienes que pertenecían al haber partible del testador o testadores. Para estos supuestos el artículo 1.079 del Código civil da respuesta cabal, ya que en él se establece que “*la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia*” da lugar a “*que se complete o se adicione con los valores omitidos*”.

En efecto, si durante la vida del testador o testadores aparecen bienes que han sido omitidos en la partición realizada, pueden ser distribuidos a través de una partición adicional sin necesidad de efectuar una nueva partición que sea omnicompreensiva de todos los bienes de la herencia. Esta posibilidad de realizar una partición adicional le permite a los testadores, entre otras cosas: corregir los desequilibrios que puedan existir en la partición que han elaborado, atribuir más bienes a alguno de los herederos, o reforzar la hijuela de deudas⁶⁸⁹. De este modo, esta partija adicional de los bienes omitidos

⁶⁸⁸ Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1930 (RJA. nº 718) en la que se declara que si existe algún bien que no ha sido adjudicado, con independencia de su cuantía, se aplicará lo establecido en el artículo 1.079 Cc. y no lo que dispone el artículo 1.074 Cc. –rescisión por lesión–, puesto que el citado bien ha sido omitido en la partición sin que haya producido lesión. Si no ha habido adjudicación no es posible que exista lesión. Sobre las diferencias entre lesión y omisión, vid. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio mortis causa*, cit., p. 368; GUILARTE ZAPATERO, “Algunas consideraciones sobre la partición adicional...”, cit., pp. 63-65; ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, cit., p. 266; y la sentencia de 20 de noviembre de 1993 (RJA. nº 9.175).

⁶⁸⁹ Imaginemos, por ejemplo, un caso en que los testadores hayan distribuido en un documento particional todo su haber partible excepto algunos bienes omitidos de forma involuntaria. Si con posterioridad a la elaboración de dicha partición desaparece una porción

cumplirá las mismas finalidades que tiene la partición de la herencia cuando es realizada por los mismos testadores.

En cambio, si los bienes omitidos aparecen tras el fallecimiento de los causantes serán los coherederos o el contador-partidor nombrado al efecto quienes procedan a tal distribución⁶⁹⁰.

Así las cosas, también resulta posible que los testadores excluyan a propósito de la partición determinados bienes de su pertenencia⁶⁹¹. La partición no será total desde un punto de vista objetivo porque en ella no se habrá distribuido todo el haber partible de los causantes: el haber partible real y los bienes que, efectivamente, han sido objeto de la partición no coinciden totalmente, aun cuando el bien o bienes omitidos sean de poca entidad y representen un porcentaje pequeño del haber⁶⁹². A estos efectos poco importa

de los bienes adjudicados en ella –porque es una donación no colacionable, porque se ha procedido a su venta o se ha producido su destrucción–, a través de la partición adicional de los bienes omitidos que hayan aparecido los testadores pueden corregir el desequilibrio que sufriría el heredero o herederos que debían recibir los bienes desaparecidos.

⁶⁹⁰ Si la omisión de bienes es involuntaria, lo más probable es que no exista un contador-partidor nombrado para realizar la distribución, al entender los testadores que ésta ya ha sido efectuada por ellos. En cambio, sí parece posible que aquellos realicen un nombramiento de contador-partidor condicional, sometido al evento de que aparezcan bienes no distribuidos. Por otra parte, y de acuerdo con LACRUZ y SANCHO (*Derecho de sucesiones*, tomo I, cit., p. 190), cabe afirmar que “la partición complementaria compete a los coherederos, por supuesto, cuando la incompleta la han practicado ellos mismos o el testador; pero también cuando la ha practicado el comisario, si se han agotado sus facultades”.

⁶⁹¹ A nuestro modo de ver, “intencionadamente” o “a propósito” no son términos equivalentes a “dolosa” o “con ánimo fraudulento”, como entiende MUCIUS SCAEVOLA (cfr. *Código Civil*, tomo XVIII, cit., pp. 838 y 839).

⁶⁹² En efecto, por el hecho de haberse omitido un bien con independencia de su entidad o cuantía, no se puede afirmar que la partición sea total. Lo que no empece para que tal partición sea plenamente válida y eficaz. Así las cosas, no estamos totalmente de acuerdo con ALBALADEJO cuando afirma que cabe hablar de “verdadera partición en el caso de que sea (mínimamente) incorrecta o incompleta”, es decir, cuando haya habido una omisión de algún bien del difunto o se haya incluido en un lote un bien que no era del difunto (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 141). Hay verdadera partición pero parcial, no total.

la naturaleza, clase o cuantía del bien omitido, ya que lo únicamente relevante es el hecho de la omisión. Además, en tal caso, la partición tampoco será intencionalmente total, pues los testadores no pretendían partir toda su herencia: únicamente querían distribuir por sí mismos parte de la herencia, pudiendo disponer, por ejemplo, que el resto del haber partible lo divida un contador-partidor o los propios coherederos⁶⁹³.

A este respecto, y en atención a que el artículo 1.079 Cc. no efectúa distinción alguna, creemos que también habrán de entenderse incluidas en el mismo estas particiones parciales con omisión voluntaria de bienes. De este modo, con los bienes no distribuidos por los testadores habrá de efectuarse, tras su fallecimiento, una partición adicional, a través de los cauces establecidos por ellos, o, en su defecto, los que señala la Ley (cfr. arts. 164 y ss. LDCG. y 1.058 y ss. Cc.).

4.4 Conclusión

Examinados los diversos aspectos relativos a la partición parcial, de lo expuesto cabe extraer tres conclusiones. Primera: que los cónyuges tienen libertad para incluir en su partición todos los bienes de sus herencias o parte de ellos; libertad, por tanto, para efectuar una partición total o parcial. Segunda: que, dado el carácter *mortis causa* de la partición conjunta, el calificativo de *parcial* habrá de determinarse, no en el momento de elaboración de la partición, sino en el de cuando produce efectos. Únicamente entonces se sabrá si la o las particiones efectuadas son parciales, o, por el

⁶⁹³ GUILARTE ZAPATERO considera que si en una partición efectuada por el testador “la división era sólo parcial, con el resto de los bienes omitidos se abre la sucesión legítima”. Además aduce como fundamento de la referida opinión el artículo 912.2 del Código civil, estimando que la citada solución, admitida por otras legislaciones, es aplicable al ordenamiento jurídico español (“Algunas consideraciones sobre la partición adicional...”, cit., pp. 76 y 77). Discrepamos del citado autor pues creemos que no distingue bien entre institución y división. El testador puede haber establecido las cuotas y no haber realizado una partición completa, designando, por ejemplo, a un contador-partidor o a los herederos para que la ultimen.

contrario, constituyen una partición total. En efecto, los cónyuges pueden efectuar en vida varias distribuciones de bienes, pero si aquéllas completan el total de la herencia de modo que no queden bienes sin distribuir, estaremos ante una partición total. Tales distribuciones constituirán una partición parcial, si, tras el fallecimiento, han quedado bienes sin distribuir: no será una partición total y los bienes no distribuidos habrán de partirse a través de otras modalidades de partija. Y tercera: de la voluntariedad o involuntariedad de la omisión –que los cónyuges excluyan consciente o inconscientemente bienes de sus herencias– no se deriva la aplicación de regímenes jurídicos diversos, estando ambos supuestos comprendidos en el artículo 1.079 del Código civil⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ Vid., a este respecto, la opinión de DE LA CÁMARA (“Comentarios al artículo 1.079 Cc.”, cit., p. 2526) quien entiende que en el citado precepto tiene un mejor encaje la partición con omisión involuntaria de bienes. En otro orden de cosas, existen diversas tesis sobre la interpretación y el juego del término “valores” ex art. 1.079 Cc.: vid., entre otros, GUILARTE ZAPATERO, “Algunas consideraciones sobre la partición adicional...”, cit., pp. 76 y 77 y DE LA CÁMARA, “Comentarios al artículo 1.079 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 2526 y 2527.

CAPÍTULO SEXTO

**REVOCACIÓN Y EFICACIA DE LA
PARTICIÓN CONJUNTA**

I. PRELIMINARES

Hasta ahora, hemos examinado los elementos y características esenciales de la partición conjunta, señalando: por un lado, su presupuesto; por otro, las personas que pueden llevarla a cabo, los bienes objeto de dicha partición y los cauces formales a través de los que se puede efectuar. Así las cosas, el siguiente estadio de este trabajo consistirá en el análisis de los modos de revocación de una partición conjunta ya efectuada y de otras cuestiones relativas a su ejecución –los pactos que pueden asegurar su eficacia o los problemas que la ejecución de la partición puede originar en relación con las legítimas–, así como el examen de las causas de impugnación de dicha partición. En otros términos: tras el estudio de la partición desde un prisma *estático* –sus presupuestos, sus elementos personales, reales, y sus cauces formales–, en los dos capítulos que restan examinaremos dicha figura desde una perspectiva *dinámica*: a la vez que trataremos de dar respuesta a algunos de los problemas a que puede dar lugar la revocación de la partición, procederemos a la determinación de las causas por las que puede ser impugnada.

Así las cosas, en el capítulo tercero estudiamos cómo el efecto de la ineficacia que produce la revocación se consigue en la partición –acto de última voluntad–: bien revocando directamente ésta –declarando que la distribución particional efectuada no es la última y definitiva voluntad de los testadores–; o bien, atendiendo al principio de accesoriedad de la partición respecto del acto dispositivo testamentario, a través de la revocación del testamento de que aquélla trae causa. En el capítulo que ahora comenzamos únicamente consideraremos el primero de los modos de dejar ineficaz una partición conjunta, ya sea ésta unitaria o tenga objeto separado: la revocación autónoma de la partición. Es decir, a través de la realización por uno o ambos cónyuges de un negocio jurídico posterior dirigido a dejar ineficaz una distribución particional anterior, para lo cual, como sabemos, resulta suficiente la capacidad para testar (cfr. art. 662 y ss. Cc.)⁶⁹⁵. En ella, como es

⁶⁹⁵ En efecto, según parece lógico, para revocar una partición ha de exigirse la misma capacidad que se requiere para su elaboración. Por otro lado, como sabemos, dicha revocación puede efectuarse expresamente o de modo implícito: conteniendo una distribución contradictoria con la anterior. Así las cosas, este negocio revocatorio no necesariamente ha de

conocido, la ineficacia únicamente se produce respecto de la distribución particional sin que las cuotas de institución se vean afectadas⁶⁹⁶.

Tras el examen del modo en que cabe revocar cada una de las dos modalidades de partija conjunta a que nos venimos refiriendo –la partición unitaria y la partición conjunta con objeto separado–, así como la eficacia y ejecución de las mismas, dedicaremos varios epígrafes al estudio de la correspectividad, pues, como hemos tenido ocasión de apuntar anteriormente, en los casos en que concurra tiene una importante incidencia en la partición conjunta. En efecto, en la Ley de Derecho Civil de Galicia, la libertad de los cónyuges no se limita únicamente a optar entre efectuar una partija unitaria o con objeto separado, sino que también pueden establecer la eficacia dependiente de las cláusulas particionales⁶⁹⁷. La existencia de atribuciones

ser testamentario si la partición que pretende revocar lo era: es suficiente una partición extratestamentaria, pues el testamento únicamente constituye el vehículo expresivo de la partición que se pretende dejar ineficaz.

⁶⁹⁶ Para revocar una partición es preciso realizar un acto que se dirija directamente a tal fin. Así, la revocación del testamento de que trae causa la partición no implica una revocación de la misma, aun cuando conlleve dejar sin base a la partición, privándole de este modo de eficacia: se ha quedado sin base y es ineficaz, pero no ha sido revocada. Por tanto, la revocación del testamento produce la ineficacia tanto de la institución como –derivativamente– de la distribución particional.

⁶⁹⁷ Según se ha expuesto, las notas específicas que caracterizan a la partición conjunta son la conjuntividad formal y sustantiva. Como se recordará, la conjuntividad sustantiva –acuerdo en lo particional– abarca un abanico de posibilidades que va desde la elaboración de dos particiones independientes en donde dicho acuerdo versa únicamente sobre la realización de tal figura, hasta la coordinación de las voluntades particionales de los cónyuges en grado máximo –ambas se funden en una única voluntad particional unitaria–, pasando por la existencia de una mayor o menor coordinación en tales atribuciones. Al margen de este criterio, es preciso indicar también que, en cada uno de los casos apuntados, puede establecerse la eficacia dependiente –la correspectividad de las cláusulas particionales– o tener carácter recíproco –se efectúa una atribución recíproca de bienes–. Y es que, según apunta TEIXEIRA GRACIANETA (“El testamento mancomunado aragonés”, *Anuario de Derecho aragonés*, tomo XII, 1963-1964, p. 25) respecto del testamento mancomunado, pero que resulta perfectamente aplicable a la partición conjunta, “la configuración de las últimas voluntades en un mismo documento es un accidente que ni supone pacto recíproco ni las despoja de la cualidad de ser variables hasta la muerte” (en sentido similar, vid. GUTIÉRREZ

particionales correspectivas provoca que la partición revista ciertas peculiaridades –por ejemplo, en materia revocatoria–, dotándole de fisonomía propia, motivo que justifica el estudio separado del fenómeno de la correspectividad⁶⁹⁸.

II. LA PARTICION UNITARIA

2.1 Preliminares y caracterización

Como es conocido, la partición unitaria que los cónyuges realizan en un mismo documento se caracteriza porque en ella se hace una masa común con todos los bienes –con independencia del origen de los mismos– que luego se distribuye entre las personas que han sido instituidas como herederos⁶⁹⁹. En esta modalidad de partija conjunta, ya se efectúe en el marco de un

ALLER, “Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 401). Así las cosas, es posible que una partición con objeto separado sea totalmente independiente o tenga cierta coordinación –no hasta la voluntad unitaria porque no existiría entonces la independencia que exige esta modalidad de partición conjunta–, pudiendo existir además en ambos casos una distribución recíproca o correspectiva. Asimismo, también podemos encontrar una partición unitaria que, según hemos avanzado, es el grado máximo de coordinación –por tanto no cabe que sea independiente la voluntad de los cónyuges–, en donde existan tanto las atribuciones recíprocas como las correspectivas, aunque estas dos últimas no se avienen bien con la partición unitaria. La clasificación expuesta, que atiende a distintos criterios –conjuntividad en el objeto, conjuntividad material, reciprocidad y eficacia dependiente–, ha de ser tenida en cuenta para evitar la confusión de características que se mueven en distintos planos.

⁶⁹⁸ Reconociendo, respecto del testamento mancomunado, que la existencia de correspectividad dota a dicho instrumento de fisonomía propia, vid. BINDER, *Derecho de sucesiones*, trad. de Lacruz Berdejo, Labor, Barcelona, 1953, pp. 121 y 122.

⁶⁹⁹ Que los cónyuges realicen “una masa común con los bienes de ambos” no significa que se desprendan de la propiedad de los mismos o se la atribuyan a un tercer ente surgido a tal efecto: los bienes siguen siendo propiedad de aquellos. Es por ello por lo que la citada “masa común” no ha de referirse sino a una “masa común ideal”, respecto de la cual los cónyuges, que mantienen la propiedad de los bienes que les pertenecen, efectúan la distribución, que, a efectos de terceros, se presenta como una declaración única y sin distinción de origen.

testamento, que necesariamente habrá de ser mancomunado (cfr. arts. 137 y ss. LDCG.), o ya al margen de aquel instrumento, en cuyo caso puede traer causa de dos testamentos individuales (cfr. art. 157.2 LDCG.), los cónyuges acuerdan el modo de distribuir los bienes que integran las herencias de ambos, actuando –salvo que introduzcan cláusulas correspectivas– *ex uno latere*⁷⁰⁰.

Una de las ventajas que tiene acudir a esta modalidad de partición reside en que, como quedó dicho, no resulta necesario efectuar la determinación de haberes de la sociedad de gananciales: los cónyuges forman una masa común con todos sus bienes que luego distribuyen entre los herederos, apareciéndose esta distribución frente a ellos como una única manifestación de voluntad que aúna la voluntad particional de ambos. La existencia de una única voluntad particional unitaria conlleva que la misma no tenga plena eficacia hasta el fallecimiento de ambos cónyuges. Tras la muerte de uno de ellos, la partición se encuentra en una situación de pendencia, de forma que, para la plena eficacia de la misma ha de mantenerse invariada hasta el fallecimiento del superviviente.

Caracterizada de este modo la partición unitaria, veamos cuáles son los modos de revocarla, que, avanzamos ya desde ahora, tienen mucho que ver con el hecho de que en ella únicamente exista una sola manifestación de voluntad que aúna la de ambos cónyuges –manifestación suprema de la conjunción de voluntades en lo particional–: éstos se unen emitiendo cada uno su voluntad que cristaliza en una única voluntad particional.

2.2 La revocación de la partición unitaria

El carácter unitario de la voluntad particional, que es lo que cualifica a esta modalidad de partición conjunta, determina que su revocación produzca la

⁷⁰⁰ En tal caso, la partición es unilateral en el fondo, aun cuando en la forma se presente como un acto conjunto efectuado por dos cónyuges. Algo similar sucede en relación con el testamento mancomunado (cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, “Del testamento mancomunado”, cit., p. 124, y LETE DEL RÍO, “Comentarios al artículo 137 LDCG.”, cit., p. 1027, quien hace suya una opinión de JORDANO BAREA, “El testamento”, cit., p. 96).

ineficacia total de la partición: la distribución de los patrimonios efectuada por los cónyuges carece de eficacia⁷⁰¹. Por otra parte, al margen de que ambos cónyuges puedan efectuar dicha revocación de modo conjunto, la partición también se puede revocar por uno de los cónyuges de modo unilateral (arg. *ex* art. 139.1 LDCG.), tanto en vida de ambos como tras el fallecimiento de uno de ellos⁷⁰². Si ello sucede, igualmente se producirá el efecto revocatorio de la partición: toda la distribución particional quedará ineficaz⁷⁰³.

La ineficacia total que produce la indicada revocación y el hecho de que ésta pueda tener lugar en vida de ambos o habiendo fallecido uno de ellos, aconsejan recurrir a esta modalidad de partición únicamente cuando entre los cónyuges exista un alto grado de confianza⁷⁰⁴. En efecto, en tales casos el objetivo primordial que persiguen los cónyuges al efectuar esta modalidad de partición conjunta consiste en la distribución armónica de sus patrimonios – consecuencia lógica de la confianza plena que preside sus relaciones– y no en el establecimiento de límites a la revocabilidad de la partición para asegurar

⁷⁰¹ Los cónyuges pueden revocar una partición unitaria anterior, bien directamente, bien otorgando otra nueva, que puede ser tanto una partición unitaria, como dos particiones separadas.

⁷⁰² A este respecto, ALBA PUENTE considera que en la partición unitaria deben consignarse expresamente dos puntualizaciones: una relativa a que la “revocación unilateral por uno de los cónyuges deja sin efecto la total partición, dado su carácter unitario”; y otra que explicita que la revocación unilateral que pueden efectuar cualquiera de los cónyuges puede tener lugar “aún después del fallecimiento del primero” (“Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., p. 248). A nuestro modo de ver, no resulta imprescindible incluir tales puntualizaciones en el texto de la partición ya que se deriva implícitamente de la misma.

⁷⁰³ Con fundamento en el principio de *favor partitionis* habría de estarse por la validez de la partición unitaria ante una pequeña modificación de la misma por el cónyuge supérstite.

⁷⁰⁴ Las características de la partición unitaria recuerdan a las notas que BELLOD (“La corresponsabilidad del testamento mancomunado: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho civil Aragonés*, tomo III, nº 1, 1997, pp. 88 y 89) reconoce como propias del testamento mancomunado en el Derecho clásico de Aragón: “sus disposiciones se manifiestan como una voluntad unitaria que aúna la de cada uno de ellos, parecen fundamentarse en la mutua confianza y son, salvo excepciones, esencialmente revocables unilateralmente”.

su eficacia. Ambos cónyuges confían en que la distribución que han efectuado no se modificará, o, si se modifica, será por razones fundadas y porque exista un fin que lo justifique.

Al margen de ello, cuando uno de los cónyuges revoque de modo unilateral este tipo de partición conjunta, ya sea en vida de ambos o habiendo fallecido uno de ellos, bien para establecer una nueva partición –en este caso, limitada a sus bienes propios–, o bien para dejar sin efecto la anterior –entonces se acudiría a las modalidades de partición subsidiarias para distribuir la herencia–, habrá de notificar al otro cónyuge o a sus herederos dicha revocación (arg. ex art. 139.2 LDCG.). Y aún mas: a la vista de que la confianza es la que preside la elaboración de la partición unitaria, creemos oportuno supeditar la eficacia de la revocación unilateral al conocimiento de la misma por el otro cónyuge o, en su caso, por los herederos⁷⁰⁵. A partir de dicho conocimiento surtirá efectos la revocación efectuada quedando la distribución particional totalmente ineficaz⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Así ha sido recogido por los artículos 279 y 280 de la Propuesta de reforma de la LDCG. En el primero de ellos se dispone que “en vida de ambos cónyuges, la partija conjunta y unitaria podrá ser revocada por cualquiera de ellos. La revocación no surtirá efecto en tanto no sea notificada fehacientemente al otro cónyuge. La revocación producirá la ineficacia total de la partija”. Y el segundo establece que “fallecido uno de los cónyuges, la partija conjunta y unitaria también quedará sin efecto por la revocación del sobreviviente” (VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2430).

⁷⁰⁶ Más adelante dedicaremos un epígrafe al examen de las posibilidades de disposición de un bien objeto de una cláusula correspectiva. Aplicando *mutatis mutandi* lo que allí se indica a la disposición de un bien objeto de una partición unitaria, creemos que tal disposición es válida cualquiera que sea su modalidad: en vida de ambos, habiendo fallecido uno de ellos, a título lucrativo u oneroso. Siendo ello así, cabe resaltar que si la disposición se efectúa por el supérstite respecto de algún bien de su propiedad tras el fallecimiento de su cónyuge y el destinatario de la misma es el heredero a quien dicho bien correspondería en la partición, estaremos ante un negocio que “altera” la partición aunque consigue el mismo resultado (vid. el epígrafe 4.4.3 de este capítulo). Tal supuesto podrá ser una donación, una venta, o cualquier otro tipo de negocio pero no será una partición, aun cuando teleológicamente respete y dé cumplimiento a la distribución prevista en la partición unitaria.

Así las cosas, aun cuando el fundamento de la partición a que nos referimos sea la confianza, y el objetivo que persiguen los cónyuges al acudir a ella sea el indicado –la distribución armónica de sus patrimonios–, entendemos que no está de más incluir en tal partición pactos o cláusulas que aseguren su eficacia. Ello porque, entre otras razones, dada la posibilidad de revocar la partición que tienen ambos cónyuges –incluso tras el fallecimiento de uno de ellos– podrían verse frustradas las expectativas o el equilibrio conseguido con la distribución unitaria anterior⁷⁰⁷.

2.3 La ejecución de la partición unitaria. Estipulaciones que garantizan su eficacia.

2.3.1 Preliminar

Explicados los modos de revocar la partición unitaria realizada por los cónyuges testadores, y antes de referirnos a los pactos y estipulaciones que aquellos pueden incluir en la partición para garantizar su eficacia –para conseguir que a los herederos correspondan efectivamente los bienes establecidos en la partición–, parece oportuno recordar algunas ideas respecto de la eficacia de esta modalidad de partición.

De entrada, se puede señalar que la existencia de una única voluntad particional libremente revocable por los cónyuges determina, como sabemos, que la eficacia plena de la partición solamente tenga lugar tras el fallecimiento de ambos sin revocar la distribución particional efectuada⁷⁰⁸.

Si ello es así, cabe preguntarse qué sucede en este tipo de partición si, tras el fallecimiento de uno de ambos cónyuges, los herederos reclaman, por

⁷⁰⁷ Un problema que puede presentar la introducción de tales pactos o cláusulas es su posible interpretación como un fallo en la confianza. A lo que creemos, el fundamento de las estipulaciones que indicaremos en el texto no reside en la falta de confianza sino en la intención de asegurar la plena eficacia de la partición unitaria ante diversas circunstancias que pueden concurrir.

⁷⁰⁸ Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., p. 248.

ejemplo, lo que por legítima les corresponde. En atención a que la LDCG. no da respuesta expresa a este interrogante, habremos de acudir a tal efecto a las normas generales del Código civil.

Como es conocido, en el ámbito del Código civil, los artículos 657 y 661 disponen que “*los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*” y que “*los herederos suceden al difunto por el hecho de sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”. En efecto, de acuerdo con los preceptos transcritos –básicos en materia sucesoria–, tras el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges que ha elaborado la partición unitaria se abre su sucesión y los herederos pueden exigir entonces la parte que les corresponde en tal herencia, para lo cual será preciso liquidar la sociedad de gananciales, determinando los haberes correspondientes a cualquier cónyuge –si éste era el régimen vigente entre ellos– y ejecutar la partición por ellos elaborada en lo correspondiente al fallecido⁷⁰⁹. Asimismo, los herederos pueden solicitar también que se expida copia del testamento y de la partición otorgada por el fallecido: en los supuestos en que se trate de un testamento mancomunado o de una partición conjunta, dicha copia únicamente contendrá las disposiciones relativas a la sucesión abierta⁷¹⁰.

⁷⁰⁹ Cuestión distinta es que *de facto* no siempre suceda así: no resulta infrecuente que se espere al fallecimiento de los dos cónyuges para proceder al reparto de los bienes de ambos.

⁷¹⁰ De acuerdo con lo establecido por el artículo 237 del Reglamento Notarial, en la copia parcial del testamento mancomunado se habrá de omitir “*cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva*”, en coherencia con el principio de que “*se omitirá cuanto no interese al peticionario*”. Parte del contenido del precepto parcialmente transcrito ha sido recogido tanto por el artículo 103 de la LS. de Aragón como por el artículo 195 de la Propuesta de reforma de la LDCG. Este último dispone que “fallecido uno de los otorgantes, los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento mancomunado. La copia sólo podrá contener las disposiciones que afecten a la sucesión abierta” (VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2419). Haciendo nuestra la opinión que MERINO HERNÁNDEZ emite sobre el artículo 103 LS. (“Comentarios al artículo 103 LS.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. I, Edersa, Madrid, 2002, pp. 724-726), entendemos que ambos preceptos constituyen normas innecesarias al reiterar lo establecido en el Reglamento Notarial.

Si los herederos reclaman, por ejemplo, lo que por legítima les corresponde, nos podemos encontrar con dos problemas de evidente calado: la posibilidad de que la liquidación de la sociedad de gananciales se efectúe de modo incompatible con la distribución de bienes efectuada por los cónyuges, y la provisionalidad a que se ve sujeta la ejecución particional que se pretende llevar a cabo.

En efecto, aun cuando, en la elaboración de las particiones conjuntas de carácter unitario por los cónyuges no resulta necesario proceder a la determinación de los haberes correspondientes a cada uno en la sociedad, la realización de la liquidación de la misma –fruto, por ejemplo, de la reclamación a que nos referimos– podría menoscabar la eficacia de la partición si no se efectúa de acuerdo con la distribución prevista por los cónyuges testadores⁷¹¹. Entonces, si los herederos junto con el cónyuge superviviente efectúan la liquidación de la sociedad de gananciales de un modo no compatible con lo establecido en la partición unitaria, estarán menoscabando su eficacia. Esta situación puede solventarse, en cierta medida, si los cónyuges acuden a la facultad establecida en el artículo 158.2 LDCG, que, en breve, examinaremos⁷¹².

Por lo que atañe al otro problema enunciado, si, como hemos dicho, la eficacia de esta modalidad de partición se encuentra supeditada al fallecimiento del superviviente sin revocarla, la ejecución parcial de la misma –en lo que al cónyuge fallecido se refiere– estará en una situación de

⁷¹¹ Los herederos no tienen, en ningún caso, una obligación jurídica de efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales en la forma prevista por los cónyuges.

⁷¹² MARTÍNEZ GARCÍA (“Comentarios al artículo 140 LDCG.”, *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 140) ha propuesto como solución a este problema que los cónyuges atribuyan expresamente a la liquidación provisional del régimen económico-matrimonial que puedan efectuar el carácter de correspectiva. Lo que, a nuestro modo de ver, no resulta necesario a la vista, entre otras razones, de que dicho negocio de suyo es bilateral, de modo que no puede ser modificado unilateralmente por uno de los cónyuges, ya sea en vida de ambos o tras el fallecimiento de uno de ellos.

provisionalidad –similar a la del artículo 1.054 Cc.– hasta que el cónyuge superviviente revoque la distribución efectuada, o, por el contrario, fallezca sin alterarla; momento éste en que la distribución se tornaría definitiva.

Este problema relativo a la provisionalidad de la ejecución puede ser mitigado, en parte, a través de la introducción de una cláusula conforme a la cual se prohíba ejecutar la partición de la herencia hasta el fallecimiento del cónyuge superviviente⁷¹³. Cláusula que, junto con otras medidas que pueden arbitrar los cónyuges para asegurar la efectividad de la partición, pasamos a examinar.

2.3.2 Establecimiento de la prohibición de ejecutar la partición de la herencia y el aplazamiento de pago de la legítima hasta el fallecimiento del sobreviviente

Según se ha anticipado, los cónyuges pueden introducir en el testamento mancomunado o en los testamentos de que la partición unitaria traiga causa, una estipulación conforme a la cual se prohíba ejecutar la partición correspondiente a los bienes hereditarios del primero de los cónyuges que fallezca hasta el fallecimiento del superviviente (arg. *ex art.* 1.051 Cc.)⁷¹⁴. Junto con ello, también podrían establecer un aplazamiento del pago de la legítima hasta entonces. Con las indicadas estipulaciones, los cónyuges pueden minimizar –no eliminar– los eventuales problemas a que puede dar lugar la diferencia temporal existente entre el fallecimiento de ambos y consiguiente apertura de la sucesión (cfr. arts. 657 y 661 Cc.).

En efecto, el establecimiento de la citada prohibición de ejecutar la partición, en los términos y con los límites que se derivan de lo establecido por el Código civil (cfr. arts. 1.051 y 1.052 Cc.), permitirá retrasar la

⁷¹³ Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., pp. 248 y 249.

⁷¹⁴ Como en la figura que comentamos la partición ya ha sido “efectuado” por los cónyuges en vida de ambos, la prohibición de partir *ex art.* 1.051 Cc. habrá de referirse a la ejecución de dicha partición.

ejecución de la distribución del cónyuge que primeramente fallezca hasta el momento del fallecimiento del supérstite⁷¹⁵. De este modo, aún cuando no se elimine la pendencia de la partición unitaria, habida cuenta de su posible revocación por el supérstite, se facilita que aquélla no se ejecute. Y, por tanto, que posteriormente no haya de deshacerse lo hecho si el supérstite revoca la partición unitaria. De todas formas, la prohibición de ejecutar la partición impuesta por los cónyuges no tiene carácter absoluto: si concurre alguna de las causas por las que se extingue la sociedad (cfr. art. 1.051 y 1.700 Cc.), los herederos podrán exigir la ejecución de la partición⁷¹⁶.

Junto con ello, y al objeto de evitar los problemas derivados de la exigencia de la legítima por cualquier heredero forzoso, entendemos oportuno complementar la estipulación señalada con otra que establezca el aplazamiento de pago de la legítima al fallecimiento del supérstite. Esta estipulación, que, en nuestra opinión, resulta perfectamente admisible si se atiende al carácter de la legítima en la LDCG. y a las mermas a la intangibilidad de la misma permitidas por dicha Ley (cfr. *ad ex.* arts. 118, 149.2 y 158.2 LDCG.), habrá de referirse únicamente a la legítima de los descendientes y ascendientes –no a la del cónyuge viudo– a quienes, en principio, les corresponde la propiedad de los bienes⁷¹⁷.

Si los cónyuges, por el motivo que sea, no desean incluir en la partición la citada estipulación, podrán, a los efectos de minimizar los problemas

⁷¹⁵ Recoge tal posibilidad, entre otras, la sentencia de 21 de diciembre de 2000 (RJA. nº 9.336).

⁷¹⁶ Vid., por todos, CORBAL FERNÁNDEZ, “Comentarios a los artículos 1.051 a 1.055 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, 2000, p. 526.

⁷¹⁷ En efecto, no ha de olvidarse que la LDCG. admite otras figuras que suponen una mayor incertidumbre que la que se deriva del aplazamiento de legítima. Piénsese, por ejemplo, en el cónyuge nombrado comisario *ex arts.* 141 y ss. LDCG. al que, junto con la institución y partición de sus bienes propios, se faculta para instituir –dentro de unos límites– y partir los bienes de la herencia del premuerto. La partición de la herencia del premuerto puede verse aplazada hasta el fallecimiento del supérstite, e incluso resulta posible que hasta entonces ni siquiera se conozca con exactitud las cuotas de institución.

anteriormente apuntados, establecer otra donde impongan una sanción para cualquier legitimario que reclame su legítima con anterioridad al fallecimiento de ambos cónyuges, reduciéndola, por ejemplo, a la legítima estricta y estableciendo su pago en metálico –en tal caso, será conveniente que prevean una distribución supletoria para los bienes que en un principio debería recibir el legitimario y que, a causa de la sanción establecida, no le corresponderán efectivamente–⁷¹⁸.

Como se advierte, a través de la introducción de una cláusula que establezca la prohibición de ejecutar la partición, el aplazamiento de la legítima o su reducción a la legítima estricta en los casos señalados estableciéndose su pago en metálico, se disminuyen las posibilidades de que se haya de proceder a la ejecución parcial de la partición unitaria tras el fallecimiento de un cónyuge, con los problemas que ello origina y a los que ya hemos hecho referencia.

2.3.3 Establecimiento del usufructo universal de viudedad con carácter recíproco

Junto con la sanción en la legítima y el aplazamiento de pago de la misma a que antes aludíamos, a través del establecimiento recíproco del usufructo universal de viudedad regulado por los artículos 118 y siguientes de la Ley de Derecho Civil de Galicia, los cónyuges también pueden minimizar los eventuales problemas que se derivan de la exigencia de la legítima por parte de los destinatarios de la misma.

En efecto, permitida en la LDCG, la lesión cualitativa de la porción legitimaria que supone este usufructo, su establecimiento conlleva que, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, los legitimarios no puedan recibir los bienes correspondientes a su cuota legitimaria: únicamente recibirán la nuda propiedad de los mismos, que se completará a la muerte del cónyuge supérstite, que es cuando se extingue el usufructo, salvo que otra cosa se haya

⁷¹⁸ Asimismo, también parece oportuno señalar de modo expreso que las cláusulas particionales relativas a dicho legitimario quedan sin efecto.

pactado en el título constitutivo (cfr. art. 513 Cc.). De este modo, el establecimiento del usufructo universal de viudedad con carácter recíproco entre los cónyuges constituye un elemento disuasorio para los legitimarios, quienes ordinariamente pondrán un menor interés en reclamar lo que por legítima le corresponda hasta el fallecimiento de ambos.

2.3.4 Establecimiento del carácter correspectivo de las cláusulas particionales

Otra de las posibles medidas que pueden adoptar los cónyuges para asegurar la eficacia de la partición unitaria consiste en atribuirle el carácter de correspectiva; esto es: introduciendo la condicionalidad en la eficacia de las atribuciones particionales. Con ello, y avanzando lo que en breve veremos de modo detenido, los cónyuges limitan la revocabilidad propia de las atribuciones particionales unitarias –como sabemos, ésta es una de las principales consecuencias que el legislador atribuye a la correspectividad–: al introducir la recíproca condicionalidad, los cónyuges aceptan la irrevocación de las cláusulas particionales correspectivas tras el fallecimiento de uno de ellos⁷¹⁹. De este modo se garantiza en cierta manera la eficacia de la partición unitaria.

Así las cosas, la mencionada posibilidad, aun siendo factible, parece que no se aviene bien con el fundamento en que se apoya la partición unitaria. En efecto, junto con la limitación ya apuntada de la revocabilidad de las atribuciones unitarias –nota característica de éstas–, la introducción de cierta bilateralidad –propia de la correspectividad–, eliminando el carácter unilateral de la partición unitaria –los cónyuges no actuarían *ex uno latere*–, atentaría también, en buena medida, contra el fundamento de esta modalidad de partición conjunta que, como hemos señalado, reside en la mutua confianza. La introducción de la correspectividad y la lógica consecuencia de la misma –

⁷¹⁹ A salvo los supuestos especiales en que la correspectividad decae a causa de su imposibilidad de aplicación. A tal efecto, vid. LÓPEZ SUÁREZ, *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 231 y ss. y la bibliografía que allí se cita. A lo que parece, cuando los cónyuges introducen la correspectividad en la partición unitaria respetan la masa común hecha con los bienes de ambos formando un *unum* pero prescinden – o más bien, limitan– la revocabilidad propia de las atribuciones particionales unitarias.

asegurar que el otro cónyuge no frustrará las expectativas ínsitas en las atribuciones particionales a través de una revocación clandestina– no se adecúa al fundamento de la partición unitaria⁷²⁰.

Vistas las diferentes estipulaciones que los cónyuges pueden introducir en la partición unitaria para asegurar su plena eficacia, a continuación nos detendremos a examinar el artículo 158.2 LDCG. que, como veremos, puede resultar de aplicación a este tipo de partija conjunta, y además, puede ayudar a solventar alguno de los problemas señalados; en concreto, la posibilidad de que se efectúe la liquidación de la sociedad tras el fallecimiento de uno o de ambos cónyuges en forma diferente a la por ellos prevista en la distribución particional que elaboraron.

2.4 El artículo 158.2 LDCG.

Como es conocido, en el apartado 2 del artículo 158 de la Ley de Derecho Civil de Galicia se contiene una novedosa facultad que permite que, “*en la partija conjunta por ambos cónyuges, el haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario*” sea “*satisfecho con bienes de un solo causante*”⁷²¹. La aplicación de la citada facultad resulta, pues, un instrumento al que los cónyuges pueden acudir para distribuir con mayor facilidad sus patrimonios.

Siendo ello así, y a pesar de que, de acuerdo con el tenor literal del precepto transcrito, sea posible acudir a dicha facultad en cualquier “*partija conjunta*” efectuada “*por ambos cónyuges*”, su aplicación tiene un mejor

⁷²⁰ Lo reseñado en el texto no obsta para que sea posible que los cónyuges únicamente establezcan la correspectividad sobre un grupo de cláusulas de la partición.

⁷²¹ El antecedente del artículo 158.2 LDCG. lo constituye el artículo 106.2 del texto de la Comisión No Permanente, de parecida redacción al actual. Las únicas variaciones que dicho precepto sufrió en la tramitación de la LDCG. fueron la modificación del término “partición” por “partija”, efectuado en la Proposición de Ley de 22 de junio de 1994, y el cambio del número del mismo a consecuencia de la enmienda de nueva numeración presentada por el Partido Popular (enmienda nº 21).

encaje en los casos de partición unitaria, siendo más problemática en el caso de la partición conjunta con objeto separado. Y ello, porque la satisfacción del haber correspondiente a cualquier heredero con bienes de un solo causante enturbiaría la independencia que caracteriza a la modalidad de partición conjunta con objeto separado⁷²². Así las cosas, al permitir el artículo 158.2 LDCG. su aplicación a cualquier tipo de partición conjunta, excluye las particiones realizadas por el testador de forma individual y la partición que recaiga sobre los bienes de ambos cónyuges pero que no sea efectuada por éstos (arg. *ex art.* 157.2 LDCG.)⁷²³.

El indicado precepto constituye, como hemos avanzado, una novedad introducida por la Ley de Derecho Civil de Galicia. Esta novedad, cuando a un legitimario se refiere, supone una alteración del inveterado principio de acuerdo con el cual la legítima ha de pagarse con bienes propios del causante. En efecto, la aplicación de la facultad contenida en el artículo 158.2 LDCG. permite pagar la legítima con bienes ajenos⁷²⁴. Y es que no es otra la interpretación que cabe efectuar de los términos del mismo: “*podrá ser satisfecho con bienes de un solo causante*”. Así pues, resulta posible que la legítima que corresponda a los herederos forzosos en la herencia de uno de los cónyuges se pague únicamente con bienes privativos del otro cónyuge. Y aún más: en nuestra opinión, también sería admisible el pago de la legítima con bienes privativos de ambos o con bienes comunes. Si el artículo en cuestión permite el caso extremo –pago de legítima con bienes del otro cónyuge– no habría razón para excluir un supuesto más común, a pesar de que la

⁷²² Por tal motivo, el examen de la facultad prevista en el artículo 158.2 LDCG. lo efectuaremos, fundamentalmente, en relación con la partición unitaria.

⁷²³ Este sería el caso de una partición realizada por el cónyuge comisario *ex arts.* 141 y ss. LDCG. sobre sus bienes y los del premuerto; o también el del contador-partidor nombrado como tal por los dos cónyuges para efectuar la partición de las herencias de ambos (cfr. arts. 159 y ss. LDCG.).

⁷²⁴ De acuerdo con dicha previsión, ZULUETA DE HAZ (“De las partijas –das partillas–”, cit., p. 376) propone que en la LDCG. se contemple expresamente en materia de legítimas la excepción abierta por el artículo 158.2 LDCG. Vid. también ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., pp. 243 y 244.

interpretación puramente gramatical del precepto indicado abone la solución contraria⁷²⁵. Por tanto, el artículo 158.2 LDCG. al establecer que “*el haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias (..) podrá ser satisfecho con bienes de un solo causante*”, implícitamente permite la satisfacción de la legítima en bienes privativos o en bienes comunes.

Esta excepción que el artículo 158.2 LDCG. introduce al principio conforme al cual la legítima se paga en bienes del causante no impide que el cálculo de la misma se deba efectuar por separado. En efecto, aun cuando el supuesto prototípico en el que parece pensar el legislador, al establecer la norma que comentamos, sea el de un matrimonio que realiza la partición conjunta entre sus descendientes comunes –que serán herederos forzosos de ambas herencias–, es posible que existan diferentes legitimarios en ambas sucesiones. Por ello, la parte que por legítima habrá de corresponder a cada uno de los legitimarios –ya sean descendientes comunes o no, o ascendientes– se calculará por separado.

Siendo ello así, el artículo 158.2 LDCG. no limita únicamente a los legitimarios la facultad en él contenida, sino que permite su aplicación “*a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legítimo*” –expresión que, en nuestra opinión, incluye tanto a los herederos como a los legatarios de parte alícuota⁷²⁶–. Así pues, el requisito que impone la norma es ser partícipe en ambas herencias, de modo tal que resulta aplicable al legítimo de uno de los cónyuges que sea heredero voluntario en la herencia del otro, o a un heredero voluntario instituido en ambas herencias –no es preciso que el llamamiento en ambas herencias sea el mismo, aunque sí ha de ser en cuotas; *ad ex.* un heredero y un legatario de parte alícuota–.

⁷²⁵ Este es el razonamiento que esgrime ALBA PUENTE (“Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., pp. 243 y 244) para defender la interpretación amplia de los términos “*con bienes de un solo causante*” que apuntamos en el texto.

⁷²⁶ Por el contrario, entendemos que no tiene cabida en el artículo 158.2 LDCG. el legatario de cosa determinada por la propia naturaleza del legado (cfr. art. 882 Cc.).

La solución expuesta –la posibilidad de pagar la legítima o el haber de un heredero con bienes privativos o comunes– solventa el problema a que anteriormente nos hemos referido: que la liquidación del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales que se efectúe para ejecutar la partición –tras el fallecimiento de uno o de los dos cónyuges– se realice de modo no compatible con ésta. Si aquellos acuden a la facultad establecida por el artículo que comentamos, la asignación de uno o más bienes al haber de uno u otro cónyuge resultará irrelevante, a la vista de que pueden satisfacer el haber de cualquier heredero o partícipe en ambas herencias con bienes privativos o comunes.

Así las cosas, la aplicación de la facultad que comentamos presenta, entre otros, dos problemas, que a continuación se examinan de modo separado y que no han sido tenidos en cuenta por el legislador, habida cuenta de que en la Ley de Derecho Civil de Galicia no se ofrece solución alguna para ellos. En primer lugar, el carácter diferido de la plena eficacia de la partición unitaria plantea un problema para aquellos legitimarios que, por aplicación del artículo 158.2 LDCG., nada recibirían tras el fallecimiento y ejecución de la distribución particional del primer cónyuge: lo que les corresponde en concepto de legítima en las dos herencias se les ha asignado en bienes del supérstite; y, en segundo lugar, en atención a la respuesta dada a la primera cuestión, ha de determinarse quiénes habrán de responder de las deudas de la herencia. Veamos separadamente cada uno de ellos.

Según hemos apuntado, el primer interrogante que cabe plantearse en relación con la facultad de pago del haber en bienes de un solo causante viene determinado por el carácter diferido de la plena eficacia de la partición unitaria⁷²⁷. Como sabemos, en esta modalidad de partición conjunta no se produce la plena eficacia a la muerte del primero de los cónyuges, sino que ésta tendrá lugar tras el fallecimiento del supérstite sin revocar la voluntad particional unitaria. Ello, como es conocido, no impide que tras el fallecimiento de uno de los cónyuges sea factible ejecutar la partición referida

⁷²⁷ Sobre esta materia vid. el artículo 279 de la Propuesta de reforma de la LDCG. (VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2430).

a su sucesión; ejecución que, como se ha señalado, no está exenta de dificultades y que se encuentra en situación de provisionalidad –parcialmente similar a la del artículo 1.054 Cc.– ya que sigue siendo posible la revocación unilateral por el supérstite, quedando, en tal caso, ineficaz toda la partición.

Pero en fin, en lo que ahora importa, en la sucesión de dos cónyuges puede darse el caso de que el haber correspondiente a dos descendientes legitimarios se haya distribuido asignando a cada uno de ellos únicamente bienes de cada uno de los cónyuges: a un heredero se le asignan solamente bienes de un cónyuge y al otro únicamente bienes del otro. Pues bien, en tal supuesto, cuando acaezca el fallecimiento del primero de los cónyuges y se ejecute parcialmente la partición, uno de los herederos recibirá todo su haber –el que le correspondía en las herencias de ambos testadores– en los bienes del fallecido, mientras que el otro heredero no recibirá nada: este heredero recibirá su haber en los bienes del supérstite tras el fallecimiento de este último.

Como cabe apreciar, este supuesto es parcialmente similar al del legitimario de una herencia en la que se atribuye al cónyuge supérstite el usufructo universal: en ambos casos no se recibe bien alguno⁷²⁸. Con todo, ambos supuestos no son del todo equiparables ya que existe una clara diferencia entre ellos: en el caso del usufructo universal el legitimario no se posesiona de los bienes pero adquiere la nuda propiedad, mientras que, por la aplicación de la facultad de pago del haber en bienes de un solo causante *ex* art. 158.2 LDCG., el legitimario a que nos referimos puede no recibir *nada* hasta el fallecimiento del supérstite.

Así las cosas, la situación señalada se puede justificar, en nuestra opinión, por medio de un aplazamiento de pago de la legítima. Es decir, que en aplicación del artículo 158.2 LDCG. se produce un aplazamiento de pago de legítima para uno o varios herederos hasta el fallecimiento del cónyuge

⁷²⁸ Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., p. 245.

supérstite⁷²⁹. Ello no obsta para que, tras dicho fallecimiento, los legitimarios puedan, si es el caso, ejercitar la acción de suplemento de legítima (art. 815 Cc.) para recuperar lo que hayan recibido de menos. De este modo, si lo recibido por un heredero forzoso en bienes del cónyuge primeramente fallecido con cargo a la herencia del supérstite es inferior a lo que debiera recibir por legítima, por ejemplo, por aumentar considerablemente el patrimonio del supérstite, podrá pedir el suplemento de la misma al resto de herederos (art. 815 Cc.); si, por el contrario, lo recibido es superior a lo que debiera haber recibido habrá de pagar dicho exceso a los legitimarios que recibieron de menos. Por tanto, en la partición unitaria en la que se aplica la facultad del artículo 158.2 LDCG., la plena eficacia tendrá lugar tras el fallecimiento del cónyuge supérstite sin revocar la partición y la posterior compensación de patrimonios entre los legitimarios, si fuere necesario.

Así resuelto el interrogante planteado, hemos de preguntarnos por el régimen de las deudas. Es decir, en aquellos supuestos en que las deudas no se hayan pagado durante la ejecución de la partición, esto es, que se haya consumado la partición de los bienes del fallecido sin pagarse aquéllas –aun cuando, en nuestro caso, sea de modo provisional hasta el fallecimiento del supérstite sin proceder a su revocación–, ¿a quiénes pueden reclamar los acreedores? En principio, y como parece lógico, a los herederos. Sin embargo, ¿se podrá reclamar igualmente al heredero que ha recibido todo su haber –el que le correspondía en ambas herencias– en bienes del fallecido como al que no ha recibido nada? A lo que parece su situación resulta diferente, pues aun cuando ambos sean los responsables por las deudas existentes en la herencia del primeramente fallecido, uno ha recibido bienes y el otro no ha visto concretada su cuota en bienes determinados. Siendo ello así, a nuestro juicio,

⁷²⁹ El mencionado aplazamiento puede establecerse de forma expresa por los cónyuges en el testamento o testamentos de que la partición traiga causa. Dicho aplazamiento de pago ha sido recogido por el artículo 282 de la Propuesta de reforma de la LDCG.: “en la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecho con bienes de uno sólo de los causantes. En este caso, no podrá reclamarse la legítima hasta el fallecimiento del último de los cónyuges” (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2430).

la resolución de la cuestión que nos ocupa pasa por acudir a lo establecido por los artículos 1.084 y 1.085 del Código civil.

De acuerdo con el primero de los artículos citados *“hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos que no hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla aceptado con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá el derecho a hacer citar y emplazar a los coherederos, a menos que, por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda”*. Según cabe colegir del precepto transcrito, y al margen de otras cuestiones que dicha norma plantea, en él se sienta el criterio general de responsabilidad solidaria de los herederos una vez hecha la partición. Criterio que ha de completarse con lo establecido por el artículo 1.085 Cc. que dispone que *“el coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional (..)”*.

A la vista de las normas que hemos transcrito, creemos que en el caso planteado podría llegarse a la siguiente solución. Dado que no parece muy equitativo que el legitimario que no ha recibido bien alguno tras el fallecimiento del primero de los cónyuges deba soportar en igual medida las deudas del causante –aun cuando sea tan responsable de ellas como el heredero receptor de bienes–, cabe entender que *“a consecuencia de la partición”* (cfr. art. 1.084 Cc.), efectuada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 158.2 LDCG., únicamente queda obligado al pago el heredero receptor⁷³⁰. En otras palabras: la aplicación de la facultad establecida en el apartado 2 del artículo 158 LDCG. implica, salvo disposición en contrario, que haya un acuerdo de *“reparto”* de las deudas de modo que el heredero receptor sería quien habría de pagarlas, quedando temporalmente exonerado el heredero que no recibe bienes. Éste, tras el fallecimiento del cónyuge

⁷³⁰ Si los acreedores reclaman las deudas del cónyuge fallecido al heredero no receptor de bienes, éste podría, en aplicación del artículo 1.084 Cc. *“citar y emplazar a los coherederos”* de tal modo que el heredero receptor y *“obligado al pago”* entraría a formar parte del proceso.

supérstite se haría cargo de sus deudas en la misma forma que el otro legitimario hizo con las del cónyuge primeramente fallecido⁷³¹. Efectuados dichos pagos ambos podrían ejercitar la acción de regreso a que se refiere el artículo 1.085 Cc. para recuperar lo que se “hubiese pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia”; acción que podría ejercitarse junto con la eventual acción de suplemento de legítima a que hemos hecho referencia. Resueltos tales interrogantes, veamos, a continuación, los modos de revocar la partición conjunta con objeto separado.

III. LA PARTICIÓN CONJUNTA CON OBJETO SEPARADO

3.1 Preliminares y caracterización

Esta modalidad de partición conjunta es la que realizan los cónyuges en un mismo documento pero organizando su sucesión de manera separada: los cónyuges no hacen una masa común con los bienes de ambos. Las distribuciones particionales que los cónyuges efectúan –cada uno sobre sus bienes– en un mismo documento y de modo diferenciado, pueden ser, como quedó dicho, totalmente independientes, o, por el contrario, tener cierta coordinación⁷³². Igualmente, en cualquiera de ambos casos, las mencionadas particiones pueden traer causa de uno o de varios testamentos, aunque lo más coherente con la relativa independencia de las mismas es que obedezcan a dos testamentos individuales.

Siendo ello así, la modalidad de partición conjunta que comentamos, encuentra, de cara a su efectividad, un firme apoyo en la liquidación del régimen económico-matrimonial vigente efectuada de modo provisional por los cónyuges⁷³³.

⁷³¹ No estaría de más que dicho “reparto” se recogiese expresamente en una de las cláusulas de la partición.

⁷³² Asimismo, los cónyuges también pueden introducir la correspectividad en las cláusulas particionales o efectuar una atribución recíproca de bienes.

⁷³³ Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., p. 246. Teniendo en cuenta el detallado examen que, en relación con la liquidación de la sociedad de gananciales,

Caracterizada de este modo la partición conjunta con objeto separado, veamos a continuación sus peculiaridades en materia revocatoria, que se derivan del carácter separado de dicha partición.

3.2 La revocación de la partición conjunta con objeto separado

A la vista de que en el caso presente nos encontramos con dos particiones separadas –ya sean coordinadas o no–, realizadas en un mismo documento, cada uno de los cónyuges podrá revocar libremente, de modo unilateral y en cualquier momento, la partición que haya efectuado, ya sea en vida de ambos o habiendo fallecido uno de ellos –a salvo la existencia de cláusulas particionales recíprocamente condicionadas–. Tal revocación unilateral de la partición no afectará, en principio, a la validez o a la eficacia de la otra partición –a salvo de la existencia de cláusulas correspectivas que, en breve, examinaremos (cfr. art. 139 LDCG.)–, ni a la de la liquidación provisional de la sociedad de gananciales. Con todo, y en atención al carácter conjunto de la partición, entendemos que sería conveniente la notificación de la revocación unilateral de una de las particiones al otro cónyuge, aun cuando la eficacia de la partición no se vea afectada por aquélla⁷³⁴. Asimismo y como parece lógico, ambos cónyuges pueden revocar también de modo conjunto y en cualquier momento las particiones efectuadas.

3.3 La ejecución de la partición conjunta con objeto separado. Posibles estipulaciones

Caracterizándose el supuesto que comentamos por la existencia de dos particiones independientes que recogen dos voluntades diferentes –ya estén

en especial con respecto a la liquidación “provisional” de la misma, se ha efectuado en el capítulo precedente, en los siguientes epígrafes únicamente haremos una breve referencia a su importancia en la partición conjunta con objeto separado.

⁷³⁴ La referida notificación ordinariamente provocará, por lo menos en los casos en que se trate de dos particiones coordinadas, que el cónyuge no revocante proceda a la modificación de su partición para adecuarla a la nueva situación.

coordinadas o no— y contenidas en un mismo documento, no se plantean grandes problemas en cuanto a su eficacia. En aplicación de lo establecido por los artículos 657 y 661 del Código civil, la eficacia de la partición conjunta que comentamos se producirá en dos momentos diferentes: a la muerte del primero de los cónyuges y tras el fallecimiento del supérstite. Al fallecimiento del primero de los cónyuges se procederá a la apertura de su sucesión, a la ejecución de la liquidación provisional de la sociedad de gananciales efectuada por aquellos, y a la ejecución de la partición de los bienes del fallecido, dado su carácter independiente. Y, tras el fallecimiento del supérstite, se efectuará lo propio con la partición por él elaborada.

Expuesto lo anterior, y según se ha avanzado, en orden a la elaboración y eficacia de esta modalidad de partición conjunta cobra una importancia notable la liquidación provisional del régimen económico-matrimonial vigente entre los cónyuges: ésta es imprescindible, pues resulta necesaria para determinar los bienes que al momento de la extinción del régimen económico-matrimonial les corresponderán a cada uno de los cónyuges. Lo que les permitirá elaborar, sobre tal base, cada una de ambas particiones, ya estén coordinadas o no.

Siendo ello así, la liquidación provisional de la sociedad que los cónyuges realicen y que produce efectos a la muerte del primero que fallezca, puede contenerse en el mismo testamento mancomunado en el que disponen —y en el que pueden incluir sus particiones separadas—, o en un documento separado del testamento; última solución que estimamos más adecuada dado el carácter independiente de las particiones, que ordinariamente suele ir acompañado de la independencia en los testamentos. Con todo, aun en el caso de que dicha liquidación se contuviese en el marco de un testamento mancomunado, aquélla se regiría por sus reglas propias, ya que el instrumento testamentario únicamente es un vehículo expresivo de dicho negocio que no altera su configuración propia. En coherencia con ello, la liquidación —negocio bilateral— no podrá ser revocada de modo unilateral por uno de los cónyuges. Cualquier revocación que de la misma se efectúe habrá de realizarse en vida de ambos y de modo conjunto: no cabe su modificación tras el fallecimiento

de uno de los cónyuges, ya que, en tal momento, es cuando la liquidación alcanza su plena eficacia.

Así las cosas, y para finalizar este epígrafe, cabe señalar que, en esta modalidad de partición conjunta, los cónyuges pueden introducir una cláusula que expresamente recoja el carácter independiente –en contenido y operatividad– de las particiones elaboradas por cada uno de ellos –ya estén coordinadas o no–⁷³⁵. En concreto, pueden señalar de modo expreso que la revocación de una de las particiones no afecta en absoluto a la validez y eficacia de la otra, a salvo la existencia de disposiciones recíprocamente condicionadas (arg. *ex art.* 139.1 LDCG.). Asimismo, también pueden indicar que la revocación de una de las particiones separadas sin establecimiento de una nueva distribución particional, convierte a la otra partición separada en una partición formal y materialmente individual: la que era una partición conjunta con objeto separado pasa a ser una partición individual del cónyuge no revocante, que desplegará toda su eficacia a su fallecimiento.

Por último, de lo expuesto cabe colegir que, a diferencia de lo que acontece con la partición unitaria, en esta modalidad de partición no resulta de tanta trascendencia, de cara a la eficacia de la misma, ni la atribución recíproca del usufructo universal de viudedad (cfr. art. 118 LDCG.) ni la prohibición de proceder a la ejecución de la partición hasta el fallecimiento del cónyuge superviviente (arg. *ex art.* 1.051 Cc.).

IV. LA CORRESPECTIVIDAD

4.1 Preliminar

Una vez examinadas las posibilidades de revocación de la partición unitaria y de la partición con objeto separado, terminaremos el presente capítulo con el estudio del fenómeno de la correspectividad. La razón que

⁷³⁵ A nuestro juicio, la introducción de la cláusula a que nos referimos no resulta, en modo alguno, imprescindible, pues su no inclusión en nada afectará al carácter independiente de las particiones. Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 158.2 LDCG.”, cit., p. 247.

justifica su análisis separado estriba en que, según se verá, su concurrencia dota a la partición de fisonomía propia. En efecto, la atribución de carácter correspectivo a las cláusulas particionales tiene una importante incidencia en ellas, por lo menos, en cuanto a las limitaciones a la revocabilidad que trae consigo. De este modo, la correspectividad puede servir a los fines de “asegurar” un poco más la eficacia de la partición: los cónyuges intentan “blindar” la partición, atajando las posibilidades de revocación clandestina o tras el fallecimiento de uno de ellos –con la ineficacia que lleva aparejada–, a la que ya hemos hecho alguna referencia. En tal sentido, la correspectividad puede servir para resolver algunos de los problemas planteados, aun cuando, dada su estructura, genere otros nuevos que, a continuación, veremos.

4.2 Concepto

El fenómeno de la correspectividad viene regulado en la Ley de Derecho Civil de Galicia en los artículos 139.1 y 140 –dictados ambos en sede de testamento mancomunado–, aun cuando en tales preceptos no se haga referencia expresa a dicho vocablo. Los citados artículos utilizan una terminología diferente para referirse a la correspectividad: “*recíproca condicionalidad*”⁷³⁶. Así, la primera de las normas mencionadas dispone que “*la revocación o modificación unilateral sólo podrá hacerla un cónyuge en vida del otro y producirá la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*”, mientras que el artículo 140 LDCG. indica que “*fallecido un cónyuge, el testamento se convierte en irrevocable en cuanto a aquellas disposiciones que tuviesen el carácter de recíprocamente condicionadas...*”. Los dos preceptos transcritos constituyen toda la regulación que la LDCG. dedica a la correspectividad, cuyo análisis efectuaremos seguidamente⁷³⁷.

⁷³⁶ A pesar de ello, el término “*correspectividad*” se utilizó ya en uno de los documentos de que trae causa la LDCG.: la “Propuesta de Compilación de Derecho civil de Galicia” (arts. 94.2 y 95) efectuada por la Comisión No Permanente de Derecho civil de Galicia. Cfr. *Foro Galego*, nº 184, cit., p. 32.

⁷³⁷ En relación con algunas de las críticas que la regulación de la correspectividad ha suscitado en el ámbito del Derecho gallego, vid. MARTÍNEZ GARCÍA, “Comentarios al artículo 139 LDCG.”, *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24*

En orden a delimitar qué sea la correspectividad, el texto de los artículos transcritos permite colegir, de entrada, que dicho fenómeno entraña una condicionalidad en las disposiciones *mortis causa*. Dicho en otros términos: el fenómeno que comentamos no parece que deba referirse primariamente al contenido material o a la existencia misma de una cláusula, sino que remite a su carácter condicionado⁷³⁸.

Señalado lo anterior, resulta oportuno traer a colación la definición de correspectividad que, en su día, acuñara la doctrina alemana. De acuerdo con KIPP, aquélla existe cuando la eficacia de las disposiciones de un testador se hace depender de la eficacia de las disposiciones de otro⁷³⁹. La figura que comentamos supone, por tanto, una dependencia en la eficacia de una disposición *mortis causa*: se hace depender la eficacia de una cláusula a la de otra efectuada por el cootorgante.

De lo expuesto cabe extraer dos notas que caracterizan a la correspectividad, y que, a continuación, examinaremos de manera separada. Primera: la correspectividad, primariamente, hace referencia a una interdependencia en la eficacia de la disposición. Y segunda: a través de la

de mayo de 1995, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 130 y ss. y “Comentarios al artículo 140 LDCG.”, cit., pp. 130 y ss., y LETE DEL RÍO, “Comentarios al artículo 139 LDCG.” y “Comentarios al artículo 140 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 1056 y ss., en especial 1056-1059.

⁷³⁸ En sentido similar, aunque en relación con el artículo 105 de la LS. de Aragón, se pronuncia MERINO HERNÁNDEZ (“Comentarios al artículo 105 LS.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. I, Edersa, Madrid, 2002, p. 740). En el precepto citado de la LS. se pone de manifiesto con mayor claridad lo que se indica en el texto ya que se dispone que “*son correspectivas entre sí las disposiciones (...) cuya eficacia (...) estuviera recíprocamente condicionada*”.

⁷³⁹ Cfr. KIPP, *Tratado de Derecho civil*, Ennecerus-Kipp-Wolf, con notas de Ramón María Roca Sastre, tomo V, volumen I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1976, p. 362.

correspectividad se introduce cierta bilateralidad o contractualidad en la disposición *mortis causa*.

a) Eficacia dependiente. Como hemos anticipado, la introducción de la correspectividad en una cláusula implica que su eficacia se hará depender de la eficacia de una disposición efectuada por otro otorgante. Es decir, al margen del contenido de las disposiciones correspectivas, se establece una condición de mantenimiento de una o más cláusulas a la subsistencia de las del otro otorgante. Siendo ello así, y por lo que a la dependencia se refiere, es posible distinguir la correspectividad bilateral –las disposiciones de ambos otorgantes están recíprocamente condicionadas: las de uno dependen de las del otro y a la inversa–, y la correspectividad unilateral: sólo las disposiciones de uno de los otorgantes están supeditadas a las realizadas por el otro⁷⁴⁰. En cualquiera de ambos supuestos lo que se hace depender es la eficacia de la disposición, el mantenimiento de la misma –no se hubiese adoptado una disposición concreta sin la disposición del otro⁷⁴¹– y no su contenido⁷⁴².

⁷⁴⁰ En la doctrina alemana también se ha distinguido la correspectividad perfecta de la imperfecta. Así las cosas, según ha explicado MERINO HERNÁNDEZ (“Comentarios al artículo 105 LS.”, cit., p. 740), la correspectividad es “un término técnico, importado, por tanto, sin un valor intrínseco gramatical, y cuyo concepto, para el Derecho aragonés, va a depender de lo que el legislador quiera en cada momento”. A lo que parece, el legislador gallego mantiene un concepto bilateral de la correspectividad al referirse a la “*recíproca condicionalidad*” (cfr. arts. 139 y 140 LDCG.). Por tal motivo, en las páginas que siguen nos referiremos fundamentalmente a la correspectividad bilateral, aun cuando la mayoría de las ideas resulten también de aplicación a la correspectividad unilateral.

⁷⁴¹ En términos semejantes se pronuncia LORENTE SANZ, “Testamento mancomunado en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XV, 1968-1969, p. 47. Sin embargo, y a pesar de que lo característico de la correspectividad es la interdependencia que conlleva, en ocasiones ha sido mal utilizada y se ha acudido a dicha figura con “la finalidad de hacer irrevocables *mortis causa* determinadas disposiciones testamentarias, aunque en ellas no se diese la reciprocidad condicionada” (MERINO HERNÁNDEZ, “Comentarios al artículo 105 LS.”, cit., p. 745).

⁷⁴² A la vista de lo expuesto, se puede concluir que no ha de existir necesariamente correspectividad cuando exista reciprocidad en las disposiciones de los otorgantes (vid., por todos, TEIXEIRA GRACIANETA, “El testamento mancomunado aragonés”, cit., p. 112; y, por lo que al Derecho gallego se refiere, MARTÍNEZ GARCÍA, “Del testamento mancomunado”, cit.,

b) Bilateralidad o contractualidad entre los otorgantes. Según acabamos de indicar, la introducción de la correspectividad en las disposiciones de un acto *mortis causa* conlleva la dependencia de la eficacia de las mismas al mantenimiento de las realizadas por otro otorgante. Ello permite afirmar que, a través del fenómeno que comentamos, se altera, de algún modo, la naturaleza de las disposiciones *mortis causa*: en ella se introduce un aspecto contractual⁷⁴³. Lo que en modo alguno implica que se conviertan en contratos sucesorios. En efecto, aunque la correspectividad genere entre los otorgantes ciertas consecuencias, los actos dispositivos con cláusulas correspectivas no se asimilan ni equiparan a los contratos⁷⁴⁴.

Pero en fin, siendo ello cierto, no lo es menos que la introducción de los tintes contractuales a que nos referimos tiene algunas consecuencias en el régimen jurídico aplicable a las disposiciones *mortis causa* correspectivas: las hace partícipes de alguna de las soluciones previstas en el ordenamiento

p. 124, apunta que los términos “*reciprocidad*” y “*correspectividad*” no son “ni coincidentes ni equivalentes”. En efecto, la “*reciprocidad*” hace referencia a una relación de dos o más sujetos que ejercen simultáneamente la misma acción uno sobre otro mientras que la “*correspectividad*” remite a la supeditación de la eficacia de las cláusulas de un otorgante a las del otro). Así pues, es posible que unas cláusulas sean recíprocas y correspectivas, intrínsecamente recíprocas y no correspectivas, y no recíprocas y correspectivas. Con todo, lo frecuente es que la reciprocidad exista junto con la correspectividad. Asimismo, tampoco ha de existir necesariamente correspectividad entre unas cláusulas cuando entre ellas haya cierta coordinación.

⁷⁴³ Así opinan, entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA (“Del testamento mancomunado”, cit., p. 126), LETE DEL RÍO (“Comentarios al artículo 140 LDCG.”, cit., p. 1075) y GUTIÉRREZ ALLER (“Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 401), por lo que se refiere al Derecho gallego. Y en relación con el Derecho aragonés vid. MERINO HERNÁNDEZ (“Comentarios a los artículos 96 y 97 de la Compilación de Aragón”, cit., p. 136) y BELLOD (“La correspectividad del testamento mancomunado: estado de la cuestión”, cit., p. 96).

⁷⁴⁴ Un testamento que contenga disposiciones correspectivas seguirá siendo un acto *mortis causa* de última voluntad sin que se convierta en un contrato sucesorio (arg. ex art. 117 LDCG. *a sensu contrario*).

jurídico para los contratos⁷⁴⁵. Según cabe colegir de la regulación de la LDCG., ello, por lo menos, ocurre respecto de la revocación: la corresponsividad incide en la esencial revocabilidad de las disposiciones *mortis causa* (cfr. arts. 139 y 140 LDCG.)⁷⁴⁶.

4.3 Finalidad y fundamento de la corresponsividad

Precisado el concepto y algunas de las notas de la corresponsividad, por lo que atañe al sentido o la finalidad a que responde dicho fenómeno, cabe afirmar que constituye opinión común la de que con la corresponsividad –en especial, con la corresponsividad bilateral– los otorgantes buscan mantener un equilibrio existente entre las disposiciones efectuadas⁷⁴⁷. La corresponsividad –por lo menos, la bilateral– supone cierta voluntad común, un acuerdo en lo que a la disposición se refiere y que pretende mantenerse. Este deseo de que la disposición realizada conserve su equilibrio –se mantenga incólume– es lo que ha empujado al legislador a limitar la revocabilidad esencial de las cláusulas *mortis causa* que tengan carácter corresponsivo (cfr. arts. 139 y 140 LDCG.). Ello parece venir justificado por el hecho de que, de mantenerse en toda su amplitud la libertad esencial que ambos tienen para revocar sus disposiciones, ya sea en vida de ambos otorgantes o tras el fallecimiento de

⁷⁴⁵ BELLOD (“La corresponsividad del testamento mancomunado: estado de la cuestión”, cit., pp. 96-98) y MARTÍNEZ GARCÍA (“Del testamento mancomunado”, cit., p. 126) apuntan que el aspecto contractual introducido por la corresponsividad afecta tanto a la elección de las normas para colmar las lagunas legales, como a la labor interpretativa, para la que se pueden tomar prestados conceptos propios de los contratos.

⁷⁴⁶ A este respecto, y aunque no resulta del todo exacto, TEIXEIRA GRACIANETA (“El testamento mancomunado aragonés”, cit., p. 119) señala que la corresponsividad y la revocabilidad “están en relación inversa. A la existencia de corresponsividad, corresponde ausencia de revocabilidad, y, al contrario, ausencia de corresponsividad supone plena revocabilidad”.

⁷⁴⁷ Cfr., entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA (“Del testamento mancomunado”, cit., p. 124), MERINO HERNÁNDEZ (“Comentarios al artículo 105 LS.”, cit., p. 742) y GARCÍA VICENTE (“Del testamento mancomunado”, en VVAA., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, vol. III, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, p. 234.)

uno de ellos, el equilibrio buscado con la distribución correspondiente efectuada podría verse alterado. Este último supuesto –revocación de las cláusulas tras el fallecimiento de uno de los otorgantes– resultaría más gravoso habida cuenta de que el fallecido no podría otorgar unas nuevas disposiciones en atención a la revocación operada por el otro otorgante.

A la vista de lo expuesto, cabe pensar que la introducción de la correspondencia por los cónyuges no se fundamenta, como algún autor ha defendido, en la mutua confianza existente entre ambos, sino que más bien respondería a lo contrario⁷⁴⁸. Ello parece ser así, si se atiende al hecho de que la limitación de las posibilidades de revocación de las disposiciones efectuadas es uno de los efectos que el legislador anuda a la atribución del carácter correspondiente a las disposiciones *mortis causa*. Lo que puede deberse a la inexistencia de una confianza total en que el otro otorgante, una vez fallecido el primero de ellos, no modifique de forma clandestina lo realizado⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ GARCÍA VICENTE entiende que “todas las disposiciones correspondientes están basadas en la confianza” (“Del testamento mancomunado”, cit., p. 237). De otra parte, resulta evidente que la relativa desconfianza a que nos referimos en el texto se enmarca dentro del clima de entendimiento y coordinación propio del matrimonio, ya que de lo contrario, los cónyuges no acudirían a un testamento o a una partición conjunta

⁷⁴⁹ En tal sentido, BELLOD (“La correspondencia del testamento mancomunado: estado de la cuestión”, cit., pp. 103 y 105) apunta que la correspondencia supone una traición a la confianza en que se fundamenta la disposición mancomunada –la que nosotros denominamos unitaria–, señalando también que la contractualidad que a través de ella se introduce, no casa con los otros caracteres más notables de aquella; a saber: codisposición de un patrimonio sin distinción de origen, prevalencia de un interés común y, como consecuencia, existencia de una sola parte a pesar de la dualidad de sujetos. Por último, LORENTE SANZ (“El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés”, en VVAA., *1ª Semana de Derecho aragonés*, Universidad de Zaragoza, Jaca, 1942, p. 153) pone de relieve cómo la idea de la correspondencia y de la vinculación implícita no es lo que informa el acuerdo que lleva a los cónyuges a testar mancomunadamente: los cónyuges testan de tal forma no para hacer compensaciones sino para realizar una distribución armónica.

4.4. Régimen jurídico de las cláusulas particionales correspectivas

4.4.1 Generalidades

Según hemos expuesto, la correspectividad única y exclusivamente se regula en la Ley de Derecho Civil de Galicia en sede de testamento mancomunado. Lo que no impide afirmar que la correspectividad también resulte perfectamente aplicable a la partición conjunta⁷⁵⁰. En efecto, si la correspectividad es un fenómeno que supone una dependencia en la eficacia de las disposiciones *mortis causa*, parece que puede referirse tanto a la cláusula donde el otorgante instituye a los que a su muerte serán sus herederos, como a aquélla donde concrete los bienes que habrán de corresponderles por tales llamamientos: si resulta posible aplicar la correspectividad *a lo más* –las disposiciones testamentarias– no parece inapropiado aplicarlo también *a lo menos* –las atribuciones particionales–⁷⁵¹.

Siendo ello así, el régimen jurídico aplicable a las atribuciones particionales correspectivas habrá de extraerse de las únicas normas que se refieren a ella: los artículos 139 y 140 LDCG. De igual modo, en las páginas que siguen, utilizaremos argumentos y razonamientos elaborados por la doctrina en el marco del testamento mancomunado pero que resultan perfectamente trasladables a la partición conjunta con cláusulas correspectivas.

Un primer examen de tales preceptos evidencia que en un mismo acto *mortis causa* –en nuestro caso la partición– pueden existir cláusulas

⁷⁵⁰ De todos modos, según hemos apuntado, la correspectividad no parece acomodarse muy bien con la partición unitaria; no así con la partición conjunta con objeto separado.

⁷⁵¹ En vista de ello, parecería más conveniente que, al igual que sucede en la LS. de Aragón, el legislador gallego regulase la correspectividad en un artículo aparte –aun cuando sea en sede de testamento mancomunado–, conteniéndose en dicho precepto las consecuencias de la ineficacia, nulidad o anulación de una cláusula recíprocamente condicionada.

correspectivas y cláusulas que no tienen tal carácter⁷⁵². Lo que remite a que la correspectividad es una característica predicable de cada una de las cláusulas individualmente⁷⁵³, sin que la existencia de alguna conlleve la atribución de tal carácter a todo el acto *mortis causa*⁷⁵⁴. Junto con ello, y atendiendo –entre otras razones– a que el carácter correspectivo de una cláusula se refiere primariamente a la dependencia en su eficacia y no al contenido de la misma, parece que lo más adecuado es defender la necesidad del señalamiento de tal carácter correspectivo. Por la misma razón, y en otro sentido, tampoco cabe

⁷⁵² De lo contrario, “*la revocación o modificación unilateral*” que puede hacer “*un cónyuge en vida del otro*” habría de producir “*la ineficacia*” de todas las disposiciones y no sólo “*de las disposiciones recíprocamente condicionadas*” (cfr. art. 139 LDCG.). Asimismo “*fallecido un cónyuge*” el testamento se habría de convertir totalmente en irrevocable y no sólo “*en cuanto a aquellas disposiciones que tuviesen el carácter de recíprocamente condicionadas...*” (cfr. art. 140 LDCG.). A la vista de lo expuesto, cabe avanzar ya desde ahora una crítica a la redacción de los artículos 139 y 140 de la LDCG. –en la que más adelante abundaremos– consistente en la falta de diferenciación de ambos supuestos. En efecto, no se comprende que la sanción que el artículo 139.1 LDCG. establece –“*ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*”– deba tener lugar ante cualquier revocación o modificación unilateral, ya sea por ejemplo, de cláusulas no recíprocamente condicionadas y que en nada afecten a las que gozan de tal carácter.

⁷⁵³ En otro orden de materias y habida cuenta de la sanción que se establece en el artículo 139.1 LDCG. ante la revocación de alguna cláusula –“*ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*”–, parece que el legislador considera que todas las cláusulas que tengan tal carácter forman un *unum*; es decir, han sido queridas como un todo por los cónyuges. Siendo ello así, LÓPEZ SUÁREZ (*El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 221 y ss.) apunta una interpretación del citado precepto que refuerza la tesis mantenida en el texto de que la correspectividad se predica de cada cláusula: el artículo 139.1 LDCG. establece la ineficacia “*total*” de las disposiciones correspectivas pero no la ineficacia de la *totalidad* de las mismas. Esta interpretación permitiría fundamentar que el carácter correspectivo se predica individualmente de cada cláusula y no de todas ellas como un *unum*, aun cuando imposibilitaría la ineficacia parcial de una cláusula.

⁷⁵⁴ Así opina también, entre otros, MARTÍNEZ GARCÍA, “Del testamento mancomunado”, cit., p. 125.

presumir que unas cláusulas particionales sean correspectivas por el mero hecho de constar en una partición conjunta⁷⁵⁵.

Así las cosas, la atribución del carácter correspectivo ha de efectuarse, según la doctrina, de forma clara⁷⁵⁶. Dicho carácter se puede atribuir de modo expreso –parece claro que no es imprescindible la utilización del término “*correspectividad*”–, o la mencionada atribución se ha de deducir de las disposiciones realizadas⁷⁵⁷. Sea ello como fuere, lo verdaderamente decisivo es determinar, en atención a la voluntad de los otorgantes y no a la forma o contenido de la disposición, si han atribuido o no el carácter correspectivo a las cláusulas efectuadas⁷⁵⁸. En lo que a la partición se refiere, y teniendo en

⁷⁵⁵ Las notas que caracterizan a una partición conjunta son la conjuntividad formal y material y no la eficacia dependiente de sus cláusulas. Por otro lado, afirmando, respecto del testamento, que la correspectividad no se presume vid. TEIXEIRA GRACIANETA (“El testamento mancomunado aragonés”, cit., p. 114) y el artículo 187 de la Propuesta de reforma de la LDCG. (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2418). En efecto, si, como va dicho, el legislador anuda a la introducción de la correspectividad una limitación del *ius revocandi*, en atención al principio de esencial revocabilidad de la partición y de la plena capacidad de disposición de los bienes por parte de los otorgantes, parece más adecuado entender que no existe una presunción de correspectividad ni en función del contenido ni en función del instrumento en que se contengan las cláusulas. Y ello por que las excepciones han de interpretarse de modo restringido. Por último, estimando que la determinación de la correspectividad es una cuestión de interpretación vid. BINDER *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 121 y 122.

⁷⁵⁶ De modo indubitado, según MARTÍNEZ GARCÍA (“Del testamento mancomunado”, cit., p. 125), pues el principio general postula la libertad de disposición de bienes y, por tanto, la libre revocabilidad.

⁷⁵⁷ Por otra parte, en el artículo 97.1 de los trabajos prelegislativos de la LDCG. se indicaba que resultaba imprescindible la “*voluntad declarada*” de los cónyuges para establecer la correspectividad –precepto cuyo origen ha de situarse en el artículo 97.1 de la Compilación aragonesa–.

⁷⁵⁸ Como parece lógico, dicha determinación será más sencilla si los cónyuges lo han manifestado expresamente en el acto de que se trate, si han reconocido o atribuido tal carácter a través de uno o varios documentos posteriores o si han sido preguntados sobre dicho extremo por el Notario –en nuestra opinión, éste habrá de hacer constar dicho extremo de forma clara cuando tal respuesta sea afirmativa, a diferencia de cuando la respuesta sea

cuenta que la LDCG. no señala nada al respecto, la indicada atribución puede efectuarse a través de un documento testamentario o extratestamentario, ya sea éste público o privado (arg. ex art. 157 LDCG.).

Señalado lo anterior, en esta sede hemos de dar respuesta a una última cuestión: la determinación de si la accesoriedad de la partija respecto del acto dispositivo testamentario afecta a la transmisión de la calificación como correspectivas de las disposiciones de dicho acto.

A nuestro modo de ver, la accesoriedad –característica que se predica únicamente de la partición respecto del acto dispositivo testamentario, pero no a la inversa–, no afecta necesariamente a la calificación de las cláusulas particionales que traen causa del testamento. Por tal motivo, el carácter correspectivo o no de ambos instrumentos es independiente: al ser el testamento y la partición actos diferentes, resulta posible que determinadas atribuciones particionales sean correspectivas sin que necesariamente deban tener el mismo carácter las disposiciones testamentarias de que aquéllas traen causa. Asimismo, las disposiciones testamentarias podrán tener carácter correspectivo o no, con independencia de que las atribuciones particionales tengan también dicha condición –aunque las primeras la tengan, no por ello transmiten tal cualidad a estas últimas–.

A la vista de ello, cabe inferir que la vinculación que introduce la atribución de la correspectividad a una cláusula particional podría dejarse sin

negativa habida cuenta de la inexistencia de la presunción de correspectividad a que nos hemos referido (de parecida opinión, aunque respecto del testamento mancomunado notarial son GUTIÉRREZ ALLER, “Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 403 y LETE DEL RÍO, “Comentarios al artículo 139 LDCG.”, cit., p. 1057)–. Si no nos encontramos en ninguno de los supuestos señalados, la indicada determinación no resultará tarea fácil, habiendo entonces de indagarse por la voluntad implícita de los otorgantes: bien sea, por ejemplo, del reconocimiento de la posibilidad de revocar el acto después de fallecido cualquiera de ambos –lo que para LORENTE SANZ (“El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés”, cit., p. 145) constituye una prueba evidente del carácter no correspectivo de las cláusulas–, o bien, del señalamiento del carácter independiente en cuanto a la eficacia de las cláusulas.

efecto por medio de la modificación del acto dispositivo testamentario de que trae causa. De lo que se deduce que para la consecución de la finalidad perseguida por los cónyuges cuando atribuyen carácter correspectivo a la partición, la atribución de dicho carácter también a las cláusulas dispositivas constituye una considerable ayuda⁷⁵⁹.

4.4.2 Revocación de las atribuciones particionales correspectivas

A) Preliminares

Precisado lo anterior, como es sabido, la introducción de la correspectividad en la partición –acto de última voluntad libremente revocable por el otorgante u otorgantes si cumplen los requisitos de capacidad y forma que la ley exige a tal fin–, produce cierta alteración de su régimen normal. En lo que ahora interesa, la introducción de dicho fenómeno conlleva, por disposición legal, una limitación a la libre revocabilidad propia de los actos de última voluntad, de tal modo que la revocación de las cláusulas correspectivas –del testamento, o, en nuestro caso, de la partición– sigue un régimen especial. Con fundamento en los artículos 138, 139 y 140 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que regulan la correspectividad respecto del testamento mancomunado, a continuación trataremos de determinar el concreto régimen jurídico aplicable a la revocación de las atribuciones particionales de carácter correspectivo.

Al igual que realiza la LDCG., efectuaremos una distinción entre la revocación conjunta y la revocación unilateral. Del mismo modo, diferenciaremos también, dentro de la revocación unilateral, la efectuada en vida de ambos o tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Comencemos con la revocación conjunta.

⁷⁵⁹ De no ser así, toda la vinculación que introduce la correspectividad en el ámbito particional quedaría en nada ante la revocación del acto dispositivo testamentario. Esta situación recuerda en cierto modo a la vinculación que GONZÁLEZ ENRÍQUEZ reconocía a la partición efectuada fuera de testamento. Vid., sobre dicho supuesto, la nota nº 287.

B) La revocación conjunta

La única referencia que encontramos en los preceptos dedicados al testamento mancomunado relativa a la revocación efectuada de forma conjunta es la contenida en el artículo 138.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, a cuyo tenor “*la revocación o modificación del testamento mancomunado podrán hacerla ambos cónyuges de forma mancomunada (..)*”⁷⁶⁰.

Como evidencia el texto del precepto transcrito, en él no se distingue entre la revocación de las cláusulas correspectivas y la de aquellas cláusulas que no tienen tal carácter, lo que, en nuestra opinión, aun sin ser del todo acertado, no plantea especiales problemas habida cuenta de que la revocación de las atribuciones correspectivas no presenta singularidad alguna cuando se efectúa de modo conjunto. En efecto, a lo que parece, la revocación conjunta, que únicamente puede efectuarse en vida de ambos otorgantes, tiene en la LDCG. el mismo tratamiento, existan o no cláusulas recíprocamente condicionadas. En este punto, por tanto, la nota de la correspectividad no singulariza la revocación en atención al carácter conjunto de ésta, que impide actuaciones clandestinas basadas en el desconocimiento de la revocación por el otro otorgante. Así, la revocación de las atribuciones particionales correspectivas puede efectuarse por los cónyuges de común acuerdo en el momento que estimen oportuno.

Sentado lo anterior, una precisión ulterior resulta oportuno efectuar. A lo que creemos, a efectos del artículo 138 LDCG., la revocación conjunta –“*en forma mancomunada*”, según el tenor literal del precepto⁷⁶¹– no exige

⁷⁶⁰ El artículo 138 LDCG. es de redacción similar al artículo 106 de la LS. de Aragón, a la ley 201 del FN. de Navarra y a los artículos 50 y 51 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco.

⁷⁶¹ En la doctrina gallega hay dos criterios de interpretación de los términos “*forma mancomunada*” del artículo 138 LDCG.: quienes los equiparan a “testamento mancomunado” y los que consideran que aquellos términos no necesariamente se han de asimilar con dicho testamento. Entre los primeros: GUTIÉRREZ ALLER (“Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 402), ALONSO VISO (“El testamento

necesariamente que ambos otorgantes revoquen efectivamente alguna cláusula. Es decir, la revocación efectuada por un cónyuge sobre alguna, varias o todas las cláusulas correspectivas por él dictadas constituye una revocación conjunta si en dicho acto participa también el otro cónyuge otorgante, no siendo necesario que éste revoque parte de sus disposiciones. Dicho en otros términos: el carácter conjunto de la revocación remite a la necesidad de que participen los dos cónyuges y no a que efectivamente ambos procedan a revocar sus cláusulas.

Así las cosas, y aplicando lo señalado al ámbito de la partición conjunta, cabe concluir: por un lado, que la revocación de las atribuciones particionales correspectivas puede efectuarse de modo conjunto por los cónyuges en vida de ambos, ya sea en testamento o en otro documento (cfr. art. 157 LDCG.); y por otro: que en este ámbito ha de entenderse como revocación conjunta tanto la efectuada por ambos cónyuges sobre algunas, varias o todas sus atribuciones particionales correspectivas, como aquélla en la que sólo uno de ellos revoca tales cláusulas, siempre y cuando en dicho acto participe también el cónyuge cootorgante⁷⁶².

mancomunado en el Derecho Gallego”, cit., p. 29) y DÍAZ-FUENTES (*Derecho Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/95*, cit., p. 268). Y entre los segundos: MARTÍNEZ GARCÍA (“Comentarios al artículo 138 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 129), LETE DEL RÍO (“Comentarios al artículo 138 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, p. 1053), PÉREZ ÁLVAREZ (“La sucesión testada”, VVAA., *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, p. 225) y LÓPEZ SUÁREZ (*El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 184-186), para quien “forma mancomunada” hace referencia a “de común acuerdo”. Por lo que a la partición conjunta se refiere, con mayor motivo, los términos “forma mancomunada” han de equipararse a los de “común acuerdo”, habida cuenta de la innecesidad de efectuar o revocar una partición en el marco de un testamento (cfr. art. 157 LDCG.).

⁷⁶² Recientemente, LÓPEZ SUÁREZ (*El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 238 y ss.) ha defendido la existencia de una categoría de negocios denominados “modificativos”. Estos serían aquellos negocios que, sin ser revocatorios, inciden en el contenido del testamento –en nuestro caso, de la partición– y que resultan muy frecuentes en la práctica, por más que no sean objeto de regulación separada en la LDCG. o en el Código civil. Siendo ello cierto, a nuestro juicio, no resulta demasiado acertado

C) La revocación unilateral

a) En vida de ambos

Por lo que a la revocación unilateral se refiere, aplicando a la partición conjunta lo que el artículo 139.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia establece para el testamento mancomunado, se advierte que “*sólo podrá hacerla un cónyuge en vida del otro y producirá la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*”. Así pues, el caso que comentamos viene caracterizado porque la revocación sólo es efectuada por uno de los dos otorgantes, en vida del otro, y porque la sanción que se establece a tal revocación es la ineficacia total de las cláusulas correspectivas.

A la vista del precepto transcrito varias cuestiones se suscitan. En primer lugar, el texto del artículo 139.1 LDCG. evidencia que en él no se distingue la revocación de las cláusulas correspectivas de la de las cláusulas que no tienen tal carácter, ya que se establece una misma sanción para ambos casos; es decir: del artículo 139.1 LDCG. se deriva que cualquier revocación unilateral –de cláusulas correspectivas o no– acarrea la ineficacia de las cláusulas recíprocamente condicionadas. A nuestro juicio, parecería más acertado distinguir ambos supuestos habida cuenta de las diferencias existentes entre ellos. En tal sentido, el régimen jurídico que se contiene en el artículo 139 LDCG. sería referible únicamente a las disposiciones que tengan carácter correspectivo⁷⁶³. En efecto, en atención a la eficacia dependiente que la

denominarlos como negocios “modificativos” ya que, en atención a la referencia que efectúan los artículos 138, 139 y 140 de la LDCG. a la “*revocación*” o “*modificación*” podría inducirse a confusión –nos referiremos a ellos como negocios de “alteración” en el epígrafe 4.4.3 del presente apartado–. Y es que, a lo que creemos y de acuerdo con el autor citado (cfr. *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., p. 241), los términos “*revocación*” y “*modificación*” de los artículos 138, 139 y 140 de la LDCG. hacen referencia a una misma realidad aunque con terminología diferente –por ello, en el texto usamos mayoritariamente el primero de los términos citados–.

⁷⁶³ Es de la misma opinión, LÓPEZ SUÁREZ, *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 221 y 222. Por otra parte, ha de indicarse que dado que el

correspectividad introduce, la revocación de las cláusulas correspectivas es la única que, en principio, podría llevar aneja la ineficacia de las recíprocamente condicionadas⁷⁶⁴. Sanción que resulta inadecuada si la aplicamos a la revocación de las cláusulas particionales no correspectivas en las que no se introduce condicionalidad alguna⁷⁶⁵.

Sentado lo anterior, y en segundo lugar, cabe efectuar una observación sobre la sanción que el artículo 139.1 LDCG. establece para la revocación –a nuestro modo de ver y en nuestro caso– de las cláusulas particionales correspectivas: “*la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*”. Desde nuestro punto de vista, la indicada sanción resulta un tanto desproporcionada ya que el tenor literal del precepto parece dar a entender que se producirá la ineficacia de *todas* las atribuciones particionales correspectivas –tanto las del cónyuge no revocante como las del que ha efectuado la revocación–, cualquiera que sea la entidad de la revocación.

Como hemos avanzado páginas atrás, resulta más adecuado entender que la ineficacia *ex art.* 139.1 LDCG. ha de afectar únicamente a la cláusula o al grupo de cláusulas recíprocamente condicionadas con la que se revoca sin que deba afectar necesariamente a todas las que tengan carácter correspectivo⁷⁶⁶.

precepto en cuestión no dispone específicamente que se refiere a las cláusulas correspectivas, incurre en error al establecer que la revocación unilateral “*sólo podrá hacerla un cónyuge en vida del otro*”: las disposiciones no correspectivas siguen siendo libremente modificables por el cónyuge superviviente tras el fallecimiento del otro cointerente. La limitación a la revocabilidad únicamente tiene sentido respecto de las cláusulas correspectivas.

⁷⁶⁴ En los párrafos que siguen, asumiremos la opinión reseñada en el texto: que la revocación a que se refiere el artículo 139.1 LDCG. y que produce la “*ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas*” es la revocación de cláusulas correspectivas.

⁷⁶⁵ Las atribuciones particionales no correspectivas de ambos cónyuges habrían de mantenerse inalteradas ante la revocación unilateral de una atribución particional correspectiva y viceversa: las atribuciones particionales correspectivas no habrían de ser ineficaces ante la revocación de una atribución particional no correspectiva.

⁷⁶⁶ Cfr. nota n° 755. Vid. también el artículo 194 de la Propuesta de reforma de la LDCG. (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2419). Lo expuesto en el texto no

Ello es posible si se entiende que el carácter *total* de la ineficacia *ex* artículo 139.1 LDCG. se refiere a las cláusulas correspectivas afectadas, y no a la *totalidad* de las de tal carácter⁷⁶⁷.

Y es que, de lo contrario, se seguiría que *cualquier* revocación unilateral de las atribuciones particionales correspectivas efectuada por uno de los cónyuges “*en vida del otro*”, necesariamente produciría la ineficacia de todas las disposiciones recíprocamente condicionadas. En otros términos: en tales casos el cónyuge no revocante deberá realizar una nueva distribución particional. A lo que parece, la LDCG. estaría estableciendo una suerte de “revocación legal forzosa” de las cláusulas correspectivas ante cualquier revocación unilateral de cláusulas de tal carácter, incluso a pesar de que el cónyuge no revocante que ha otorgado las atribuciones que quedan ineficaces deseara mantenerlas por entenderlas conformes con su voluntad.

La desproporción de tal interpretación de la sanción *ex* artículo 139.1 LDCG. resultaría mayor en atención a los términos imperativos de la misma:

impide que, en algún caso, la revocación unilateral de una cláusula correspectiva deba afectar a todas las de tal carácter: *ad ex.*, cuando son dos. Siendo ello así, de entenderse el artículo 139.1 LDCG. en el sentido que indicamos en el texto, se estaría permitiendo que la revocación afectase, en función del caso concreto, tanto a *lo menos* –que sólo se vea afectada una cláusula o un grupo de ellas–, como a *lo más* –que se vean afectadas todas–. La actual sanción supone en todo caso *lo más* desatendiendo por tanto las circunstancias concretas. De otra parte, en la doctrina, MARTÍNEZ GARCÍA (“Comentarios al artículo 139 LDCG.”, cit., pp. 130 y 131) considera un tanto excesiva la consecuencia establecida por el artículo 139 LDCG. Y, respecto del testamento mancomunado, razona: si el testamento posterior no afecta a cláusulas correspectivas anteriores no se habrán querido revocar; por lo que no siempre la ineficacia de una cláusula debe aparejar la de todas ni la de toda ella. Siendo ello así, no se ha de olvidar que la ineficacia total, pensada como sanción al cónyuge revocante, en el fondo a quien verdaderamente perjudica es al beneficiario de dichas cláusulas, si aquél fallece sin modificarlas.

⁷⁶⁷ En coherencia con ello, la revocación produce la ineficacia *total* de las “*disposiciones recíprocamente condicionadas*”: esto es, la ineficacia *total* de las –en nuestro caso– atribuciones particionales recíprocamente condicionadas con la revocada. Esta interpretación, permitida por el artículo 139.1 LDCG., es la que acogeremos en el texto.

“la revocación o modificación (..) producirá la ineficacia (..)”⁷⁶⁸. Así las cosas, y respecto del carácter imperativo del artículo a que nos referimos, en nuestra opinión, no sería inadecuado que, *lege ferenda*, se modificase el precepto admitiéndose cierto carácter dispositivo que consistiría en permitir que los cónyuges, al igual que pueden atribuir o no la corresponsabilidad a una o varias cláusulas, pudiesen determinar, en alguna medida, la sanción aplicable a la revocación unilateral de aquéllas, permitiéndoles optar, por ejemplo, entre la ineficacia de las atribuciones particionales recíprocamente condicionadas con las revocadas o la pérdida del referido carácter⁷⁶⁹.

De acuerdo con esta última posibilidad –pérdida del carácter corresponsable–, se podría mantener la validez y la eficacia de las atribuciones particionales sin necesidad de que los otorgantes hubiesen de efectuar necesariamente una nueva distribución particional. Entonces, la revocación unilateral de cláusulas corresponsables únicamente produciría la pérdida de la condicionalidad de la eficacia de las con ellas condicionadas –que es lo que los cónyuges han introducido al atribuirle carácter corresponsable–, pero se mantendría en todo caso la eficacia originaria de las cláusulas recíprocamente condicionadas con las que han sido revocadas⁷⁷⁰. De este modo, como decimos, no resultaría necesario volver a partir.

⁷⁶⁸ Como apunta ALONSO VISO (“El testamento mancomunado en el Derecho Gallego”, cit., p. 30), dado el carácter imperativo del artículo 139.1 LDCG., *lege data* sería nulo de pleno derecho el pacto por el cual los cónyuges establezcan una sanción diferente a la contenida en dicho precepto. Asimismo, LETE DEL RÍO (“Comentarios al artículo 139 LDCG.”, cit., p. 1059 y “Comentarios al artículo 140 LDCG.”, cit., p. 1075), admitiendo lo apuntado por el primer autor, señala que tampoco sería válido un pacto por el que los cónyuges acuerden la libre revocabilidad *post mortem* de las disposiciones corresponsables.

⁷⁶⁹ La LS. de Aragón, admite, respecto del testamento mancomunado, que los cónyuges determinen las consecuencias de la revocación de la cláusulas recíprocamente condicionadas: “salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa” (artículo 106.3 *in fine*).

⁷⁷⁰ Lo que añade la corresponsabilidad es eficacia dependiente, y la consecuencia que el legislador anuda a tal dependencia es la limitación en la revocabilidad. Así pues, no resulta desacertado pensar que, ante la revocación unilateral, lo que se pierde es únicamente lo añadido –la eficacia dependiente–, manteniéndose la eficacia inicial.

Sea ello como fuere, a la vista del artículo 139.1 LDCG. se concluye que, *lege data*, la revocación unilateral que en él se contiene produce la sanción de la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas.

Al margen de lo anterior, y en tercer lugar, el apartado 2 del artículo 139 LDCG. dispone, en relación con el testamento mancomunado, la forma en que ha de procederse para efectuar la revocación unilateral. En él se prescribe que *“esta revocación o modificación tendrá que hacerse en testamento abierto notarial, y el Notario autorizante habrá de notificar al otro cónyuge la revocación o modificación en los diez días siguientes en el domicilio determinado por los cónyuges al otorgar el testamento mancomunado o en el que especialmente señale el revocante. En ambos supuestos no tendrá efecto la revocación si, por no coincidir la dirección señalada con la real, no pudiese hacerse la notificación. Si no fuese conocido el domicilio podrá hacerse la notificación por medio de edictos”*. A los efectos que ahora interesan, cabe preguntarse si, en la aplicación del régimen de revocación de las cláusulas correspondientes a la partición conjunta, ha de exigirse, como prescribe el artículo 139.2 LDCG. en sede de testamento mancomunado, que aquélla se efectúe a través de *“testamento abierto notarial”*.

Para solucionar esta cuestión, cabe señalar, de entrada, que la finalidad que persigue el legislador al regular el artículo 139.2 LDCG. consiste en garantizar el conocimiento de la revocación unilateral por el cootorgante, a fin de evitar el fraude de expectativas que supondría una revocación clandestina, exigiéndose por ello su realización ante Notario y la posterior notificación notarial (cfr. art. 139.2 LDCG.)⁷⁷¹. Siendo ello así, para resolver el interrogante planteado respecto de la partición, hemos de trasvasar lo que el

⁷⁷¹ La indicada finalidad es la que justifica, en opinión de LÓPEZ SUÁREZ (*El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 202-205), el carácter taxativo del precepto que comentamos, exigiendo en todo caso un *“testamento abierto notarial”*. Al margen de ello, de acuerdo con el texto y la finalidad del artículo en cuestión, cabe colegir que no es necesario notificar la revocación unilateral de cláusulas no correspondientes al cónyuge no revocante.

artículo 139.2 LDCG. dispone pensando en el testamento al ámbito particional. Recuérdese que la única regulación de la correspectividad que existe en la LDCG. se contiene en el marco del testamento mancomunado, lo que evidencia que el legislador no contemplaba la posibilidad de que dicha correspectividad se refiriese a atribuciones particionales⁷⁷². Pero en fin, sea ello como fuere, trasvasando lo que el artículo en cuestión señala al ámbito de la partición, se llega a la conclusión de que lo relevante es también que la revocación se efectúe de tal modo que se garantice el conocimiento de la misma por el cootorgante. Así pues, a lo que parece, la revocación unilateral de las atribuciones correspectivas de una partición conjunta no ha de realizarse inexcusablemente a través de “*testamento abierto notarial*”.

Junto con lo ya señalado, la exigencia de testamento abierto notarial para efectuar tal revocación también vaciaría de sentido la forma extratestamentaria de realizar la partición admitida por los artículos 157 y ss. LDCG. En efecto, si para el otorgamiento de las atribuciones particionales correspectivas no se exige testamento, tampoco parece que haya de exigirse para su modificación.

Ello expuesto, a nuestro juicio, la finalidad del artículo 139.2 LDCG. se cumple si la revocación unilateral de las cláusulas correspectivas de la partición se efectúa en un documento público –que no necesariamente habrá de ser testamento– o privado, y posteriormente se notifica al otro otorgante. Notificación que, en atención al sentido de la norma citada, resulta de todo punto necesaria para la eficacia de la revocación.

Tras el examen del régimen jurídico aplicable a la revocación unilateral de las atribuciones particionales correspectivas efectuada en vida de ambos cónyuges, hemos de referirnos necesariamente a la posibilidad de efectuar dicha revocación habiendo fallecido uno de los otorgantes.

⁷⁷² Buena prueba de ello es que el artículo 139.2 LDCG. exige que la revocación unilateral ha de efectuarse únicamente a través de “*testamento abierto notarial*”; forma que según un sector importante de la doctrina gallega es la que necesariamente ha de revestir el testamento mancomunado (vid. nota nº 440).

b) Fallecido uno de ellos

En la Ley de Derecho Civil de Galicia, la regulación de la corresponsividad en sede de testamento mancomunado se completa con lo establecido en el artículo 140, el cual, en relación con lo que comentamos dispone que “*fallecido un cónyuge, el testamento se convierte en irrevocable en cuanto a aquellas disposiciones que tuviesen el carácter de recíprocamente condicionadas (..)*”.

En lo que ahora interesa, el artículo transcrito, con buen criterio, reconoce que una de las consecuencias anudadas a la corresponsividad es la imposibilidad de variación de las cláusulas que tengan tal carácter tras el fallecimiento de uno de los otorgantes. La razón se antoja evidente: de permitirse entonces la libre revocación de las atribuciones particionales corresponsivas se estaría defraudando las expectativas del otorgante fallecido sin que aquél pudiese tomar las medidas pertinentes⁷⁷³. Al establecer la corresponsividad, los cónyuges han decidido libremente limitar su capacidad de revocación: han limitado voluntariamente su posibilidad de variar lo ya hecho⁷⁷⁴. Por ello, si los cónyuges pudiesen revocar las cláusulas

⁷⁷³ MARTÍNEZ GARCÍA (“Comentarios al artículo 140 LDCG.”, cit., pp. 136 y 137) asimila el fallecimiento de uno de los cónyuges a la situación de incapacidad permanente –esté o no declarada judicialmente, ya sea física o mental–, de tal modo que las cláusulas corresponsivas también devendrían irrevocables en tales situaciones. Con todo, excepciona lo anterior únicamente en los supuestos en que el otorgante capaz quiera modificar las cláusulas teniendo como objetivo exclusivo beneficiar al cónyuge incapaz. De otra parte, LÓPEZ SUÁREZ (*El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 231-233) se muestra crítico con la excepción que admite el autor citado y considera que razones de seguridad jurídica –“determinar lo que resulta beneficioso para una persona que no puede manifestar su voluntad al respecto puede encerrar un alto grado de indeterminación”– abonan la equiparación plena entre la muerte y la incapacidad.

⁷⁷⁴ En los preceptos relativos a la revocación de las atribuciones corresponsivas después del fallecimiento del cónyuge premuerto es donde se muestra el “parentesco” que existe entre la partición corresponsiva y los contratos sucesorios, aun cuando ambos no se identifiquen. Es de la misma opinión, pero respecto del testamento mancomunado, KIPP (*Tratado de Derecho civil*, tomo V, vol. I, cit., p. 363).

correspectivas sin ningún tipo de condicionamiento se vulneraría el significado de la correspectividad⁷⁷⁵.

D) Conclusión

Tras la exposición del régimen jurídico de revocación de las atribuciones particionales correspectivas se advierte que el fenómeno de la correspectividad constituye un medio adecuado para resolver algunos problemas mencionados con anterioridad. En efecto, la introducción del citado carácter en las atribuciones particionales puede servir a los fines de su aseguramiento, atajando las posibilidades de revocación clandestina de uno de los cónyuges, alterando el equilibrio establecido en la partición.

4.4.3 Alteración de las atribuciones particionales correspectivas

A) Preliminares

Según hemos avanzado, a continuación efectuaremos una breve referencia a los actos o negocios jurídicos que conllevan la “*alteración*” de las atribuciones particionales correspectivas con la que finalizaremos el presente capítulo. La razón de que nos refiramos en sede de correspectividad a los negocios que conllevan dicho efecto responde a que, en tales supuestos, existe un elemento peculiar que puede suscitar problemas específicos que no tienen lugar en los casos en que no exista correspectividad –en estos últimos habrá de aplicarse *mutatis mutandi* lo que a continuación se dirá para los casos de correspectividad–.

⁷⁷⁵ Sobre el artículo 140 LDCG., en especial, sobre su inciso final, vid. la interpretación correctora que, respecto del testamento mancomunado, efectúa LÓPEZ SUÁREZ (*El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 228-231). En apoyo de la opinión del autor citado, vid. TEIXEIRA GRACIANETA, “El testamento mancomunado aragonés”, cit., p. 152, y LACRUZ, en *Notas a BINDER, Derecho de sucesiones*, trad. de Lacruz Berdejo, Labor, 1953, p. 126.

Por lo que a la partición se refiere, cabe señalar que existen ciertos actos o negocios jurídicos cuya operatividad conlleva lo que cabe denominar como “*alteración*” de la partición. Incidencia que no se refiere a una “*alteración*” en el contenido o en la validez de aquélla sino en la eficacia práctica de la misma, al versar, tanto el negocio que produce la “*alteración*” como la partición, sobre un mismo objeto⁷⁷⁶. Así, si la partición era válida, tras la realización de un negocio que produzca la citada “*alteración*” continuará siéndolo –éste no tiene incidencia alguna en la validez de aquélla–, aunque carecerá de eficacia práctica debido al normal juego de los negocios que comentamos: la partición no puede operar.

Siendo lo anterior así, entendemos que los negocios que provocan esa “*alteración*” en la eficacia de la partición no constituyen una categoría de negocios diferenciada. Cada uno de ellos tiene su propia configuración y se rige por sus propias reglas. No obstante, en todos ellos existe una nota común: como consecuencia de su operatividad producen un mismo efecto sobre el negocio particional, la inoperancia práctica del mismo. Lo anterior se debe, como decimos, a que tales negocios versan sobre el mismo objeto que la partición y al carácter *mortis causa* de esta última: al regular la partición el destino concreto de los bienes para después de la muerte de acuerdo con el testamento (cfr. art. 667 Cc.), resulta posible que otro negocio incida con efectos inmediatos en dicha eficacia.

En atención a que los negocios que producen la “*alteración*” a que nos referimos no constituyen una categoría diferenciada sino que cada uno de ellos se rige por sus propias reglas, seguidamente examinaremos, y a modo de ejemplo, uno de ellos. En concreto, estudiaremos la “*alteración*” que puede producir la disposición unilateral e *inter vivos* de un bien específico, en vida

⁷⁷⁶ Piénsese en la donación de un bien objeto de una cláusula particional recíprocamente condicionada. Dicha cláusula sigue siendo perfectamente válida pero carece de eficacia práctica; la donación del bien objeto de dicha cláusula, podemos decir, la ha “inutilizado”.

de ambos cónyuges, que esté incluido en las atribuciones particionales correspectivas⁷⁷⁷.

B) Disposición unilateral e *inter vivos* de un bien objeto de atribuciones particionales correspectivas en vida de ambos cónyuges

Un modo de incidir en una partición correspectiva consiste en disponer unilateralmente e *inter vivos* de un bien incluido en alguna de las cláusulas distributivas que tenga tal carácter. La admisibilidad de la disposición *inter vivos* de un bien objeto de una atribución particional correspectiva no plantea, de entrada, grandes problemas⁷⁷⁸. Lo anterior por cuanto que, en el supuesto apuntado, la vinculación que introduce la correspectividad únicamente afecta al ámbito particional: la eficacia dependiente tiene lugar únicamente en el plano particional. Los cónyuges mantienen, por tanto, su plena libertad para disponer de sus bienes sin limitación alguna, ya sean bienes objeto de atribuciones particionales correspectivas o no. Por tal motivo, tales negocios de disposición han de reputarse, en principio, válidos y eficaces, produciendo como efecto anejo a los mismos el vaciamiento de contenido de la atribución

⁷⁷⁷ La razón de examinar el referido negocio reside en que constituye el negocio de disposición más frecuente en el tráfico jurídico ordinario. Otros negocios que pueden producir la citada “alteración” son: la realización de la liquidación de la sociedad de gananciales en forma diferente a la prevista por los cónyuges o la disposición *inter vivos* por el cónyuge supérstite de un bien objeto de una atribución particional correspectiva.

⁷⁷⁸ Respecto de la disposición de bienes objeto de cláusulas testamentarias correspectivas se pronuncian los artículos 193 y 194 de la Propuesta de reforma de la LDCG. (VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., pp. 2418 y 2419). El primero de ellos establece que “el testamento mancomunado no limita la libertad dispositiva de ninguno de los otorgantes. Cualquiera de ellos podrá disponer, *inter vivos* o *mortis causa*, de todo o parte de sus bienes”. Y el segundo que “1. Excepto que se hiciese de común acuerdo, la disposición de bienes comprendidos en una cláusula testamentaria correspectiva realizada en vida de los cónyuges producirá la ineficacia de las recíprocamente condicionadas con ella, sin necesidad de notificación. 2. Fallecido uno de los cónyuges, podrá el otro disponer de los bienes comprendidos en una cláusula correspectiva. En este caso, el beneficiario de la disposición testamentaria podrá reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de la disposición con cargo a la herencia del disponente, sin perjuicio de las legítimas. Este derecho caducará en el plazo de tres años, contados desde el fallecimiento del disponente”.

particional correspectiva correspondiente.

Así las cosas, la disposición unilateral e *inter vivos* de un bien objeto de una atribución particional correspectiva, plantea, entre otros, los tres siguientes interrogantes a los que no dan respuesta expresa ni la Ley de Derecho Civil de Galicia ni el Código civil: si tal disposición de bienes entraña o puede ser conceptuada como revocación implícita de la atribución particional que resulta ineficaz a causa de aquélla; si la ineficacia práctica de la cláusula *alterada* por el negocio de disposición conlleva sanción alguna para las recíprocamente condicionadas; y, en tercer lugar, si la disposición de los bienes objeto de cláusulas particionales correspectivas efectuada de modo unilateral exige notificación al otro cónyuge. Veamos separadamente cada una de estas tres cuestiones.

En punto a la primera de las cuestiones planteadas –si la disposición *inter vivos* de bienes objeto de una atribución particional correspectiva puede ser conceptuada como revocación implícita de la atribución particional afectada– cabe indicar que ni la LDCG, ni el Código civil dan respuesta a la misma. Sin embargo, de la regulación del Código civil se colige que, frente al amplio fenómeno que hemos denominado como de “*alteración*”, cuya existencia en la realidad práctica se antoja evidente, se encuentra otro fenómeno diverso cual es el de la revocación, que, como es conocido, tiene diferentes efectos y carácter tasado (arg. *ex art.* 743 Cc.: “*sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*”). En atención a ello, parece más coherente considerar que la disposición de un bien objeto de una atribución correspectiva no constituye una revocación implícita sino un negocio diferente que produce, en este caso y en relación a las cláusulas particionales, un efecto relativamente parecido. La razón que justifica tal aserto estriba, a nuestro juicio, en que en tal caso la voluntad del cónyuge disponente no se dirige directamente a variar la distribución particional sino a disponer de un bien concreto. Lo que no obsta para que la ineficacia práctica de la cláusula “*afectada*” sea uno de los efectos propios del negocio jurídico que lleva a

cabo⁷⁷⁹. Así las cosas, parece más lógico exigir que la revocación de la partición sólo pueda producirse a través de un negocio que directamente se dirija a producir tal efecto.

En segundo lugar hemos planteado la cuestión relativa a si la ineficacia práctica que la disposición unilateral e *inter vivos* de bienes produce sobre una atribución particional concreta de carácter correspectivo habría de conllevar sanción alguna para las cláusulas recíprocamente condicionadas. Al igual que sucedía en el supuesto anterior, los cuerpos legales de referencia tampoco hacen alusión alguna a este extremo, motivo por el cual ha de acudir a los principios generales de la correspectividad para responder a tal cuestión. Siendo ello así, a nuestro modo de ver, la privación de eficacia de una cláusula correspectiva necesariamente ha de producir una sanción en las recíprocamente condicionadas, por lo menos, cuando de correspectividad bilateral se trata. Ello parece lógico si se tiene en cuenta que una cláusula en la que se introduce la correspectividad se efectúa en atención a la disposición del otro cootorgante –no se hubiera hecho de no haberse efectuado la otra–, introduciéndose, además, una eficacia dependiente a la que el legislador anuda una limitación en la revocabilidad de la misma. La interdependencia anterior evidencia que la ineficacia de una cláusula producida por uno de los negocios que comentamos, necesariamente ha de afectar a las cláusulas que en atención a ellas se han efectuado, esto es, a las cláusulas recíprocamente condicionadas con ella. En aplicación de lo establecido por los artículos 137 y siguientes de la LDCG., parece que la sanción aplicable habría de ser “la ineficacia total de las cláusulas recíprocamente condicionadas” (cfr. art. 139.1 LDCG.), entendida, según hemos expuesto páginas atrás: se produce la ineficacia total de la o de las cláusulas recíprocamente condicionadas con la revocada –alterada, en nuestro caso–, y no la de la totalidad de las cláusulas correspectivas⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ El disponente efectúa un negocio jurídico que no tiene por objeto revocar una cláusula particional por más que uno de los efectos que produce tal negocio jurídico sea relativamente parecido al que se consigue con la revocación.

⁷⁸⁰ Con todo, y de forma similar a cómo se dijo al tratar la revocación de las atribuciones particionales correspectivas, a nuestro modo de ver y *de lege ferenda*, sería mejor reconocerle cierta libertad a los cónyuges para elegir entre la sanción de la ineficacia de las cláusulas

Por último, y en lo atinente al tercer interrogante planteado –si la disposición unilateral de un bien objeto de una cláusula particional correspectiva exige notificación al otro otorgante–, cabe señalar, nuevamente, que ni la LDCG. ni el Código civil dan respuesta al mismo, habida cuenta de que aquélla únicamente regula la correspectividad respecto del testamento y no en relación a la partición, y éste no contiene ninguna referencia a dicho fenómeno.

Así las cosas, el único precepto sobre correspectividad que regula un supuesto que tenga cierta conexión con el que ahora comentamos viene constituido por el artículo 139.2 LDCG. Precepto que, como sabemos, exige que la revocación unilateral de un testamento mancomunado ha de efectuarse a través de un testamento abierto notarial con notificación posterior al cootorgante, a efectos de que tenga conocimiento de la misma, evitando así la revocación clandestina. Pues bien, a nuestro juicio, aun cuando el supuesto de hecho a que ahora nos referimos no constituya un supuesto de revocación unilateral sino un negocio jurídico unilateral de disposición *inter vivos* de un bien objeto de una cláusula particional correspectiva, produce, como va dicho, un efecto relativamente similar: la ineficacia de la cláusula afectada y la de las recíprocamente condicionadas con ella. Por tal motivo, creemos que, en atención al espíritu del artículo 139.2 LDCG., habría de exigirse la notificación del negocio jurídico de disposición al cootorgante para garantizar su conocimiento. Dicha solución se apoya también en el carácter correspectivo de la cláusula que, a través de dicho negocio jurídico de disposición, queda ineficaz en la práctica, así como en las exigencias propias de la buena fe (arg. *ex art.* 7.1 Cc.). En efecto, la vinculación introducida por la correspectividad –limitada, en este caso, únicamente al plano partitivo–, justifica la exigencia de notificación al cootorgante de la realización de los negocios que afecten a las cláusulas correspectivas, y, por tanto, puedan verse afectadas las con ella dependientes. Conclusión que corrobora la buena fe,

recíprocamente condicionadas y la pérdida del carácter correspectivo de las mismas. Y es que, en este último caso, como sabemos, no sería necesario volver a realizar una atribución particional con el mismo u otro contenido.

que proscribe la frustración de las atribuciones sucesorias del otorgante contenidas en la cláusula recíprocamente condicionada con la que deviene ineficaz⁷⁸¹.

Por tanto, a pesar de que nada diga expresamente la LDCG., del espíritu de la misma se deriva la necesidad de notificar al cootorgante el negocio jurídico de disposición unilateral e *inter vivos* que verse sobre un bien objeto de una cláusula particional correspectiva. Como parece lógico, dicha notificación no habrá de efectuarse en los supuestos en que uno de los cónyuges dispone unilateralmente de los bienes y consta fehacientemente que el otro otorgante tenía conocimiento de la misma⁷⁸².

Así las cosas, para concluir este apartado, es preciso indicar que una de las características de estos negocios de “*alteración*” a que nos referimos, estriba en que la desaparición de la causa de los mismos supone automáticamente la reviviscencia y plena eficacia de las cláusulas “*afectadas*”, así como de sus correspectivas, de no haber sido modificadas. Así, si, por ejemplo, se declara nula la disposición del bien objeto de una cláusula correspectiva, las cláusulas devenidas ineficaces recuperarán su eficacia si no han sufrido variación.

⁷⁸¹ La solución contraria a la que se cita en el texto –innecesariedad de notificación– constituiría una quiebra del sistema de la correspectividad: se permitiría la disposición de bienes afectados por dicho fenómeno, con la consiguiente sanción en las cláusulas recíprocamente condicionadas, sin conocimiento de la misma por el cootorgante, frustrando así sus expectativas. Con todo, la solución que nosotros defendemos no es acogida en la Propuesta de reforma de la LDCG., ya que su artículo 194 permite la disposición *inter vivos* de un bien objeto de una cláusula testamentaria correspectiva sin necesidad de notificar al cootorgante (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., p. 2419). Nótese que, si en dicha norma se admite la validez y eficacia del negocio jurídico de disposición sin necesidad de notificar en los supuestos en que la correspectividad se introduce en las cláusulas dispositivas, cuánto más en lo que al ámbito particional se refiere.

⁷⁸² No nos hemos referido en el texto a los casos de disposición conjunta *inter vivos* por los cónyuges, en los que, como parece lógico, no será necesaria la notificación. En tales supuestos, lo más conveniente es que dicho negocio jurídico de disposición se acompañe de otro dirigido a revocar o modificar las cláusulas afectadas por dicha disposición.

CAPÍTULO SÉPTIMO

**VICIOS Y MEDIOS DE
IMPUGNACIÓN
DE LA PARTICIÓN**

I. PRELIMINARES

Cuando unos cónyuges optan por partir sus herencias de modo conjunto, desean que el negocio que llevan a cabo cumpla su misión: que sirva para distribuir sus bienes entre las personas que ellos mismos han designado como herederos. Sin embargo, aun cuando lo normal sea la validez y eficacia de dicha distribución –ésta es la finalidad que persiguen los cónyuges al efectuarla–, la partición conjunta, como todo negocio jurídico, puede ser objeto de impugnación en aquellos casos en que no reúna los presupuestos o requisitos que la ley exige para su validez y eficacia –algunos de los cuales ya han sido examinados–⁷⁸³. En tal sentido, es perfectamente posible que una partición conjunta carezca de eficacia pero no de validez o que carezca tanto de validez como de eficacia.

Así las cosas, y tras el examen de los modos de revocar la partición unitaria y la partición conjunta con objeto separado, así como de otras cuestiones relativas a su ejecución, para poner fin a este trabajo trataremos de determinar en el presente capítulo las causas que permiten la impugnación del negocio particional y su operatividad. Además, también nos detendremos a considerar los límites de la autonomía de la voluntad partitiva de los testadores. O dicho en otros términos: dedicaremos varios epígrafes a tratar la solución aplicable a las posibles discordancias o divergencias existentes entre un acto dispositivo testamentario y una partición conjunta, ya se realice ésta en el marco de un testamento o en otro documento (cfr. art. 157 LDCG.)⁷⁸⁴.

Con todo, cuando se trata de proceder a la indicada determinación de causas de impugnación de la partición nos topamos con dos circunstancias que condicionan dicha tarea: la ausencia de una regulación específica de las

⁷⁸³ Vid., a este respecto, lo expuesto en el capítulo tercero.

⁷⁸⁴ Será al hilo del examen de las divergencias mencionadas cuando analicemos en profundidad los escasos supuestos de ineficacia que, de modo específico, regulan tanto la Ley de Derecho Civil de Galicia como el Código civil, y que, como tendremos ocasión de comprobar, son los que revisten mayor importancia.

mismas en el ámbito particional, y la existencia de un principio que matiza la ineficacia de las particiones: el principio de *favor partitionis*.

Por lo que se refiere al primero de los hechos indicados, la lectura de la Ley de Derecho Civil de Galicia y del Código civil evidencia que no existe una normación específica de las causas de impugnación de la partición en general, y, consecuentemente, tampoco de la partición conjunta. En efecto, en la LDCG. las únicas normas que tienen alguna relación con la materia que comentamos son las contenidas en los artículos 157.3 y 158.1, cuyo examen realizaremos en breve; y en el Código civil, las únicas que hacen relación a la impugnación de las particiones son las que conforman la Sección cuarta del Capítulo VI del Título III del Libro III cuya rúbrica es “*de la rescisión de la partición*” y que comprende los artículos 1.073 a 1.081 Cc. La lectura de estos últimos preceptos pone de manifiesto que la rúbrica que intitula la Sección a que dichos artículos pertenecen no responde con exactitud al contenido de la misma: junto con la regulación de la rescisión de la partición, en dicha Sección se incluye la omisión de bienes en la partición (art. 1.079 Cc.), la preterición particional (art. 1.080 Cc.) y un supuesto específico de nulidad de la partición (art. 1.081 Cc.). A la vista de lo anterior, resulta posible colegir que no contamos con una regulación mínimamente pormenorizada y sistemática de las diferentes causas que permiten la impugnación de la partición conjunta.

La indicada realidad, unida al hecho de que tampoco existe una regulación detallada de las causas que permiten impugnar los actos y negocios jurídicos en general, han propiciado el recurso a las normas generales de impugnación de los contratos para la determinación de los supuestos en que cabe declarar nula o rescindir cualquier partición, ya sea efectuada por los herederos, por el mismo testador –en forma individual o conjunta–, o por cualquier otra modalidad⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ En numerosas ocasiones se ha referido la jurisprudencia a la necesidad de acudir a los principios generales del Derecho sobre invalidez de los negocios jurídicos para determinar las causas de impugnación de la partición: vid., en tal sentido, la sentencia de 14 de mayo de 2003 (RJA. nº 477) y la de 31 de mayo de 1980 (RJA. nº 2.724), que reitera la doctrina contenida en las sentencias de 2 de noviembre de 1957 (RJA. nº 3.030), 26 de noviembre de

De acuerdo con lo anterior, y a efectos de delimitar las causas que permiten impugnar la partición, se concluye que, en primer lugar habrá de atenderse a las normas específicas contenidas en la LDCG. y en los artículos 1.073 y siguientes del Código civil, y, además, en la medida de lo posible, a lo dispuesto por los artículos 6 y 1.261 del Código civil por lo que a la nulidad se refiere; a los artículos 1.300 a 1.314 Cc. en cuanto a la anulabilidad⁷⁸⁶; y a los artículos 1.290 a 1.299 Cc. sobre la rescisión –todos ellos aplicables al Derecho gallego *ex art. 3 LDCG.*–⁷⁸⁷.

1974 (RJA. nº 4.490) y 7 de enero de 1975 (RJA. nº 12), entre otras, y en la que se reconoce que “carente el Código civil de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones, fuera del precepto singular del artículo 1.081, ha declarado esta Sala que habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y principalmente de los intervivos contractuales”. Referencia esta última que tiene pleno sentido cuando de partición por coherederos –contractual– se trata, como ha indicado el Tribunal Supremo en otras sentencias (cfr. las de 13 de octubre de 1960 –RJA. nº 3.085–, 25 de febrero de 1966 –RJA. nº 852–, 9 de marzo de 1951 –RJA. nº 1.611– y 6 de noviembre de 1934 –RJA. nº 1.781–). Si la modalidad de partición es otra, lógicamente se tendrán en cuenta las normas referibles a las características propias del acto de que se trate. En concreto, en lo atinente a la partición conjunta, las de los actos *mortis causa*.

⁷⁸⁶ En coherencia con el recurso a la normativa sobre los contratos, es doctrina común en la jurisprudencia aplicar a la partición la distinción que hay en aquellos entre “los actos inexistentes y nulos, admitiendo particiones radicalmente nulas (arts. 1.261 y 4 Cc.) (..) y particiones anulables a las que serán de aplicación por analogía los arts. 1.300 a 1.314 Cc.” (cfr. sentencia de 2 de noviembre de 1957 –RJA. nº 3.030–). En el mismo sentido *vid.*, entre otras, las sentencias de 6 de noviembre de 1934 (RJA. nº 1.781), 13 de octubre de 1960 (RJA. nº 3.085) y 7 de enero de 1975 (RJA. nº 12).

⁷⁸⁷ Si no se acepta que el artículo 1.073 Cc. –“*las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones*”– incurre en una inexactitud terminológica, admitiéndose que lo que este precepto pretendía era aplicar a la partición las distintas causas de invalidez de los negocios jurídicos (cfr. SANCHO, “Partición de herencia”, *cit.*, p. 600), habríamos de reconocer con DE LA CÁMARA (“Comentarios a los artículos 1.073 a 1.078 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 2516), su carácter supérfluo, por cuanto la normativa general de la rescisión por lesión es de difícil aplicación a la partición (arts. 1.290 y ss. Cc.). Así, los incisos 1º –“*son rescindibles: los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos*”– y 2º –

Señalados los preceptos de referencia para determinar las causas de impugnación de la partición conjunta, en dicha tarea también ha de tenerse en cuenta el juego del principio a que anteriormente nos hemos referido: el principio de *favor partitionis*, cuya existencia es reconocida de modo unánime por la jurisprudencia y la doctrina. En efecto, el citado principio, derivado de las normas del Código civil (artículos 1.056 y ss. Cc., en especial los artículos 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 Cc.) y cuya influencia también se aprecia en algunos artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia (*ad ex.* 157.3 y

“los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior”– del artículo 1.291 Cc. no resultan aplicables a las particiones, al recogerse en ellos unos supuestos de hecho subsumidos por el artículo 1.074 Cc. –algo similar sucede con lo preceptuado en el artículo 1.293 Cc.–. Asimismo, tampoco se presenta sencilla la aplicabilidad del inciso 3º del artículo 1.291 Cc.: *“los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba”*. En cambio, sí podría aplicarse a la partición lo establecido en el inciso 4º de dicho precepto, aun cuando el supuesto en él contenido es próximo a los casos de saneamiento por evicción: *“los contratos que se refieran a cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la Autoridad judicial competente”*. Junto con lo anterior, tampoco parece aplicable el artículo 1.292 Cc. –*“son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos”*–, al no ser la partición un pago en sentido estricto y al existir para ella una solución diferente en relación con los acreedores (intervención *ex arts.* 1.081 y 1.082 Cc.). Sobre esta materia, vid. también las consideraciones que, además de los autores citados, efectúan, entre otros, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 179) y PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., pp. 493 y 494). En otro orden de cosas, cabe indicar que la regulación de la rescisión por lesión particional es más benevolente que la contenida en los artículos 1.290 y ss. Cc. La razón de ello estriba, a juicio de la doctrina, en que la partición es un acto en el que no tiene cabida la especulación –no se busca la ventaja propia sino la igualdad en la distribución–, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los contratos, a los que resulta de aplicación la normativa general (cfr. arts. 1.290 y 1.291 Cc.). Respecto de éstos, el legislador entiende que la inexistencia de equivalencia en las prestaciones es fruto de la autonomía de voluntad de los contratantes (cfr. art. 1.255 Cc.), y, por ello, no impone la rescisión de los mismos salvo en casos muy específicos (cfr. arts. 1.290 a 1.293 Cc.). Cfr. MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, tomo XVIII, cit., pp. 813 y 814). Asimismo, no se ha de olvidar que en la partición puede existir con mayor facilidad que en otro tipo de negocios una lesión inadvertida ya que no resulta infrecuente que, al no recaer algunas de las modalidades de partición sobre bienes propios, no se conozcan éstos con exactitud o detalle.

158.1), matizan la operatividad de las causas de impugnación de la partición en el sentido siguiente. El citado principio –correlato en sede particional del principio *favor testamenti*– postula que, en la medida de lo posible, habrá de estarse por la validez de la partición. Los intereses de los terceros, la seguridad jurídica y el hecho de que la partición sea un acto complejo, justifican que, en cuanto resulte posible, se opte por la validez del negocio particional –en nuestro caso, de la partición conjunta– antes que por su invalidez⁷⁸⁸. Y ello, aun cuando como consecuencia de la aplicación del citado principio no se mantenga la validez total de la partición sino solamente su validez parcial, y aun cuando dicha validez parcial implique la realización de distribuciones adicionales o rectificaciones de la ya efectuada. Como resulta evidente, la elaboración de particiones de carácter adicional o rectificaciones a la partición ya efectuada causará, en principio, menores perturbaciones que la realización de una nueva partición.

Así pues, teniendo en cuenta los indicados aspectos –ausencia de normación específica, necesidad de remisión a las causas de impugnación de los contratos y el principio de *favor partitionis*–, veamos ya cuáles son los supuestos en que se puede impugnar una partición conjunta, indicando tanto las causas que determinan su nulidad radical o inexistencia, como las que originan la nulidad relativa o anulabilidad de la misma, o los supuestos que permiten solicitar su rescisión. Siendo ello así, con carácter previo a la determinación de las causas de impugnación y al examen del principio general de correlación entre el acto dispositivo testamentario y la partición, haremos una breve referencia al principio del *favor partitionis*, habida cuenta de su carácter de principio marco en esta materia y de su incidencia en los artículos aplicables a la nulidad, anulabilidad y rescisión de la partición.

⁷⁸⁸ En efecto, como ha expuesto la jurisprudencia en la sentencia de 31 de mayo de 1980 (RJA. nº 2.724), el principio *favor partitionis* postula que se ha de evitar “en cuanto sea posible que se anule o rescinda la partición, según tiene declarado la jurisprudencia –sentencias de 30 de abril de 1958 (RJA. nº 1.698), 13 de octubre de 1960 (RJA. nº 3.085) y 25 de febrero de 1969 (RJA. nº 999), entre otras–, ajustándose (en todo caso) a las disposiciones de aquel Cuerpo legal (..) y a las enseñanzas de la doctrina tradicional de que *conviene consultar a la estabilidad de (..) actos tan importantes como la partición mientras lo permita la equidad*”.

II. EL PRINCIPIO DE *FAVOR PARTITIONIS*

El principio de conservación de la partición o principio del *favor partitionis* constituye un hallazgo de la jurisprudencia al amparo del Código civil⁷⁸⁹. En efecto, la labor de la jurisprudencia ha sido la de descubrir el citado principio –que, como tal, subyace en la regulación– y conceptualizarlo; tarea que resulta de todo punto acorde con el modo de determinación de los principios generales de Derecho relativos a cualquier institución jurídica concreta. A este respecto, según apunta LARENZ, su hallazgo y determinación se basa, en general, en una inducción valorativa de una *ratio legis* que puede extraerse de varias normas, aun cuando el principio que de dicha inducción se deriva pueda abarcar un ámbito de casos más amplio que el contemplado en dichas normas⁷⁹⁰.

Siendo ello así, a la vista del proceso de determinación del principio del *favor partitionis*, resulta patente que en dicha tarea se ha seguido el procedimiento apuntado por el citado autor: su elaboración, más que ser el resultado de una reflexión teórica, ha sido el fruto de un análisis práctico de los artículos del Código civil en relación con supuestos concretos. Análisis que, obviamente, se ha efectuado dentro del marco y con referencia a los principios generales del Derecho sucesorio: la buena fe; la voluntad del testador es la ley de la sucesión en cuanto no se oponga a normas imperativas, a la moral o a las buenas costumbres; el respeto de la proporcionalidad de las atribuciones con relación a las cuotas de institución, entre otros. Con todo, a pesar de que su descubrimiento y elaboración se haya efectuado por la vía de la inducción de las normas legales en casos concretos, el principio de conservación de la partición tiene fuerza suficiente para justificar y

⁷⁸⁹ Vid., sobre esta materia, las consideraciones ya efectuadas en el capítulo primero y también el trabajo de VALLET: “El principio del *favor partitionis*”, cit., pp. 5-24.

⁷⁹⁰ Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª edición, 2001, pp. 377 y ss. Sobre la calificación de la operación citada en el texto como de “inducción”, vid. las pp. 378 y 379.

fundamentar soluciones jurídicas en otros casos, ya que se erige, como hemos indicado, en principio general de Derecho en materia particional⁷⁹¹.

Así pues, siendo el indicado el método de elaboración del principio que comentamos, a continuación nos referiremos a algunas conclusiones de dicho principio puestas de relieve por la jurisprudencia, que ya desde 1904 reconoció su existencia –sentencia de 2 de julio (JC. tomo XCVIII n° 129)–, aun cuando la denominación del mismo como *favor partitionis* o principio de conservación de la partición no se efectuara hasta 1969 –sentencia de 25 de febrero (RJA. n° 999)–. Como sabemos, con el indicado principio se postula el mantenimiento de la partición en cuanto sea posible, antes que optar por la nulidad, anulabilidad o rescisión de la misma⁷⁹². Objetivo que responde a la finalidad práctica reconocida por la jurisprudencia: “el designio de evitar en lo posible las perturbaciones que una nueva partición ocasionaría a los herederos y a terceros que con ellos hubieran contratado de buena fe”⁷⁹³. Siendo ello así, la jurisprudencia también ha engarzado el principio que comentamos con algunos corolarios de los principios de justicia y bien común, como son el del interés familiar –el principio *favor partitionis* está “inspirado en razones de economía y sosiego familiar”⁷⁹⁴, estabilidad de la propiedad –“conviene consultar la estabilidad (..) y evitar nuevos dispendios y dilaciones”⁷⁹⁵ y seguridad jurídica –“para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía la nueva

⁷⁹¹ LARENZ ha reconocido que los principios ético-jurídicos vienen a ser “pautas directivas de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar resoluciones jurídicas” (*Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., p. 465).

⁷⁹² En tal sentido, la jurisprudencia apunta que el indicado principio no es de aplicación “cuando los agravios patrimoniales son tan sustanciales y enormes que, de otro modo, salvo la invalidez de la partición, no se pueden enmendar” (sentencia de 22 de octubre de 2002 –RJA. n° 8.970–).

⁷⁹³ Sentencia de 17 de abril de 1943 (RJA. n° 418).

⁷⁹⁴ Cfr. la sentencia de 17 de marzo de 1955 (RJA. n° 1.688).

⁷⁹⁵ Cfr. la sentencia de 31 de mayo de 1980 (RJA. n° 2.724).

partición”⁷⁹⁶. Junto con lo anterior y al igual que sucede con los demás principios generales de Derecho, el que comentamos también ha de conjugarse a la hora de fundamentar soluciones jurídicas concretas con otros principios que lo complementan –lo válido no debe viciarse por lo inválido ni lo justo por lo injusto–, y debe restringirse por los que se le pueden contraponer –primacía de la voluntad del testador y proporcionalidad de las adjudicaciones a las cuotas hereditarias⁷⁹⁷.

Así las cosas, en sede jurisprudencial también se ha afirmado que el principio del *favor partitionis* inspira la regulación y resulta el fundamento de los artículos 1.056, 1.069, 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 del Código civil, referidos directamente al ámbito particional, y de los artículos 813, 815, 816, 1.300 y 1.303 del mismo Cuerpo legal, que resultan aplicables a la partición⁷⁹⁸. De acuerdo con ello, y en relación con la materia objeto del presente capítulo, el principio de *favor partitionis* puede atenuar las consecuencias derivadas de algunas causas de impugnabilidad de la partición: invalidez del título sucesorio en el que se basó la partición⁷⁹⁹, infracción de

⁷⁹⁶ Cfr. la sentencia de 15 de junio de 1982 (RJA. nº 3.428). Vid. también las sentencias de 31 de octubre de 1996 (RJA. nº 7.731) y de 13 de marzo de 2003 (RJA. nº 2.582).

⁷⁹⁷ Según apunta LARENZ, la necesidad de complementación con otros principios y exclusión de los que se le oponen, así como la referencia a los principios ético-jurídicos superiores, resulta una operación “de doble dirección” necesaria para el hallazgo y elaboración de los principios generales del Derecho. De igual modo, el citado autor también considera que la aplicación de dichos principios requiere un movimiento doble: “el principio se aclara con sus concreciones, y éstas con su unión perfecta con el principio” (*Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pp. 465 y ss.).

⁷⁹⁸ Cfr. las sentencias de 2 de julio de 1904 (JC. tomo XCVIII nº 129), 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272), 9 de marzo de 1951 (RJA. nº 1.611), 31 de mayo de 1980 (RJA. nº 2.724) y 15 de junio de 1982 (RJA. nº 3.428), entre otras muchas.

⁷⁹⁹ Cfr. sentencias de 22 de mayo de 1950 (RJA. nº 1.000) y la de 25 de noviembre de 1965 (RJA. nº 5.689).

normas legales imperativas o prohibitivas de Derecho sucesorio⁸⁰⁰, error⁸⁰¹, y otras que serán objeto de estudio en los siguientes epígrafes.

III. LA NULIDAD DE LA PARTICIÓN CONJUNTA

3.1 Preliminares

Una vez analizado el principio del *favor partitionis*, dedicaremos este apartado y el siguiente a examinar de modo particular los supuestos en que la partición conjunta puede adolecer de nulidad absoluta –cercana a la inexistencia– o nulidad relativa. Y ello, con independencia de que, posteriormente, al tratar los diversos casos de divergencia entre la partición y el acto dispositivo testamentario, examinemos otros en que la sanción aplicable sea también la de nulidad de la partición⁸⁰².

Por lo que a la primera de las sanciones indicadas se refiere –nulidad absoluta–, la partición conjunta adolece de ella cuando carece de un presupuesto o de un elemento esencial de la misma, o cuando contradice las normas imperativas de la Ley de Derecho Civil de Galicia y del Código civil⁸⁰³. En otros términos: la partición conjunta resulta nula cuando carece de efectos negociales –ineficacia intrínseca– por ausencia de algún requisito

⁸⁰⁰ Cfr. sentencias de 31 de mayo de 1980 (RJA. nº 2.724) y 15 de junio de 1982 (RJA. nº 3.428).

⁸⁰¹ Cfr. la sentencia de 9 de marzo de 1951 (RJA. nº 1.611) en la que se indica que el principio *favor partitionis* puede jugar en casos de error no sustancial, estableciendo un criterio restrictivo a la impugnación de la partición si cabe la subsanación de otro modo del perjuicio económico sufrido.

⁸⁰² La rescisión de la partición no será objeto de examen en un epígrafe separado: su estudio se efectuará al hilo del análisis del artículo 158.1 LDCG.

⁸⁰³ Para una mayor claridad distinguiremos en el texto si el vicio se da en el presupuesto o en los elementos esenciales de la partición. Ambos casos son, según anota la sentencia de 31 de mayo de 1980 (RJA. nº 2.724), supuestos de ausencia de requisitos esenciales del acto.

esencial del negocio particional o por contradecir una norma imperativa⁸⁰⁴. Siendo tal el origen de la nulidad, el efecto que a dicho vicio se anuda es la invalidez total de la partición, sin necesidad de que dicho negocio sea previamente impugnado y sin que sea posible su subsanación⁸⁰⁵. En lo que ahora interesa, los herederos no podrán convalidar la partición conjunta declarada nula. Éstos, en todo caso podrán, en virtud de su libertad dispositiva, realizar un acto parecido o totalmente coincidente con la distribución particional declarada nula pero que constituirá un acto diferente: no será la partición conjunta efectuada por los cónyuges.

Retomando lo anterior, la estimación de la acción de nulidad de la partición –acción de carácter principal– será sancionada con la invalidez total de la misma –habiéndose de volver entonces a la situación original– y de lo a ella ligado⁸⁰⁶.

Esta acción, por la que se solicita la indicada declaración de nulidad, se puede ejercitar en el supuesto específico contenido en el artículo 1.081 del Código civil –que examinaremos más adelante–, cuando falte uno de los presupuestos o alguno de los elementos esenciales del acto particional y

⁸⁰⁴ Sobre la definición de lo que sea la nulidad, su diferenciación con la inexistencia y otras cuestiones, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 461-472.

⁸⁰⁵ Como caracteres de la nulidad en general –aplicables a la partición–, DE CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., pp. 475-478) recoge los siguientes: se da respecto de todos y de todo –aun cuando admite la nulidad parcial–; se produce *ipso iure*, sin necesidad de intervención judicial; y no es sanable ni por confirmación ni por prescripción –ello no impide que un negocio nulo pueda ser objeto de convalidación o conversión si se dan las excepcionales circunstancias que tales negocios jurídicos exigen–. Así las cosas, no hemos de olvidar que el principio de *favor partitionis* en ocasiones atenúa, según va dicho, las consecuencias de la impugnación de la partición; en este caso, de la declaración de nulidad de la misma.

⁸⁰⁶ La nulidad de un negocio lleva aparejada la de todos aquellos que en él tuviesen su fundamento, su apoyo o de él trajeran causa (cfr. la sentencia de 8 de enero de 1918 –JC. tomo CXLII nº 10–). En otro orden de cosas, la acción de nulidad es declarativa, puede ser preparatoria de una posterior acción y sentencia de condena, y puede ser ejercitada por cualquiera que tenga un interés legítimo en ella. Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 481 y 482.

cuando contradiga normas imperativas. Apuntadas las causas de nulidad de la partición, veamos separadamente los casos en que ésta trae causa de la ausencia de un presupuesto o un elemento esencial de la partición⁸⁰⁷.

3.2 Ausencia de un presupuesto de la partición

Según se indicó en capítulos anteriores, presupuesto necesario para la realización de una partición por testador conjunta es la existencia de un acto dispositivo testamentario (cfr. art. 157 LDCG.): si la partición viene a desarrollar, concretar y ejecutar dicho acto ajustándose a lo en él establecido, éste necesariamente habrá de existir y ser válido. De este modo, en los casos en que no exista acto dispositivo, que, conforme dispone la LDCG. y el Código civil, ha de ser necesariamente testamentario (cfr. arts. 117 y 157 y ss. LDCG. y 658 y 1.056 Cc.), la partición conjunta adolece de nulidad: le falta su presupuesto ineludible. La misma sanción habrá de aplicarse cuando dicho acto dispositivo es declarado nulo⁸⁰⁸. En efecto, si el acto dispositivo

⁸⁰⁷ No estudiaremos en el texto los supuestos de nulidad de la partición conjunta por contravención de una norma imperativa. Y es que, al ser las únicas normas que regulan de modo específico la partición conjunta las de la LDCG. –en el Código civil no se contiene esta modalidad de partición por testador–, no hay supuestos que se puedan encuadrar en la categoría a que nos referimos. Así las cosas, entendemos que uno de los casos que tradicionalmente la jurisprudencia (vid., por todas, la sentencia de 31 de mayo de 1980 –RJA. nº 2.724–), y la doctrina (ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 178 y SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 601) conciben como de contravención de normas imperativas referida a la partición por testador –que el causante no sea testador– no ha de incluirse en la indicada categoría. A lo que creemos, la ausencia de la cualidad de testador en el causante más que una mera contravención de la norma legal que así lo dispone, se configura como un caso de ausencia de presupuesto de la partición. Por tal motivo, y discrepando de la concepción de DE LA CÁMARA (“Comentarios al artículo 1.081 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 2538) que incluye el indicado supuesto en las causas de nulidad por falta de elementos esenciales en la partición, nos referiremos a él en el apartado correspondiente a la ausencia de presupuestos de la partición conjunta, que es, a nuestro modo de ver, donde debe ubicarse.

⁸⁰⁸ La generalidad de los autores (vid., por todos, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 490, SANCHO, “Partición de herencia”, cit., p. 601, y VALLET, *Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., p. 968) y la jurisprudencia (vid.,

testamentario del que trae causa la partición es declarado nulo, el carácter accesorio de ésta determina que la nulidad del acto dispositivo arrastre la de la partición.

3.3 Ausencia de un elemento esencial de la partición

Junto con los supuestos de nulidad de la partición conjunta por ausencia del presupuesto de aquélla, ésta también puede ser declarada nula en los casos en que carezca de alguno de sus elementos esenciales, como pueden ser: ausencia de matrimonio –que “*los cónyuges*” (cfr. art. 157.2 LDCG.) no sean tales en el momento de hacer la partición⁸⁰⁹; ausencia de conjuntividad formal –que no se haya efectuado la partición conjunta “*en un mismo documento*” (cfr. art. 157.2 LDCG.)⁸¹⁰; que la partición no haya sido elaborada o aprobada por los dos cónyuges –ausencia de pluralidad o de consentimiento–; que los cónyuges no tengan la vecindad civil gallega (arg.

por todas, la sentencia de 31 de mayo de 1980 –RJA. nº 2.724–), citan como causa de nulidad de la partición la ausencia de la muerte del causante, conceptuándola como presupuesto esencial de la misma, ya que la ejecución de la partición –concreción de la voluntad dispositiva– necesita del fallecimiento del causante y consiguiente apertura de la sucesión (cfr. arts. 657 y 661 Cc.). Con todo, la diferente naturaleza negocial de los distintas modalidades de partición impone alguna matización. En efecto, lo anterior es válido respecto de una partición por coherederos. Cuando de partición por testador se trata –individual o conjunta–, la eficacia *mortis causa* de la misma fundamenta que, en caso de que los herederos ejecuten la partición elaborada por los cónyuges admitiendo su fallecimiento, por ejemplo, a través de la declaración de fallecimiento *ex* arts. 193 y ss. Cc., si con posterioridad se demuestra que aquellos no habían fallecido, la partición por ellos elaborada no ha de declararse nula. Lo único que ha de sancionarse con la nulidad es la ejecución llevada a cabo por los herederos, pues de no efectuar los testadores modificación alguna en la partición, ésta puede ser perfectamente aplicable tras su muerte (cfr. art. 197 Cc.).

⁸⁰⁹ A este respecto, vid. la excepción que permite el artículo 79 Cc. en relación con el artículo 157.2 LDCG. en el epígrafe 2.3.2. C) b) del capítulo cuarto.

⁸¹⁰ En tales casos, y en virtud del principio *favor partitionis*, quizá podría postularse que la partición conjunta declarada nula por no contenerse en un mismo documento valga como dos particiones individuales.

ex art. 5 LDCG.); o que sea ilícita la causa, por ejemplo, por la deliberada ocultación de componentes del caudal⁸¹¹.

IV. LA ANULABILIDAD DE LA PARTICIÓN CONJUNTA

Junto con la sanción de la nulidad de la partición, tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten también que la partición pueda ser anulable⁸¹². En tales casos, estamos ante un negocio particional con un vicio invalidante que puede determinar la nulidad del mismo mediante declaración judicial. El referido negocio se encuentra, por tanto, en una situación indecisa y

⁸¹¹ Respecto de la deliberada ocultación de bienes del caudal, vid., entre otras muchas, la sentencia de 22 de junio de 1948 (RJA. nº 1.107) y las que allí se citan, y la de 25 de febrero de 1966 (RJA. nº 852) –esta última hace referencia a la ilicitud de la causa para excluirla en el caso juzgado–. En otro orden de cosas, en el ámbito del Código civil la jurisprudencia también declara la nulidad de la partición por testador efectuada de modo individual –no se regula la efectuada de modo conjunto– cuando en ella se incluyen objetos ajenos no pertenecientes a la herencia (vid. la sentencia de 30 de enero de 1951 –RJA. nº 89–), en especial, cuando se incluyen en ella bienes gananciales de los cónyuges. Sobre la inclusión de bienes ajenos vid. nota nº 548.

⁸¹² El carácter generalista de las consideraciones que se recogen en el texto sobre la anulabilidad de la partición se debe a que la aplicabilidad de dicha sanción a la partición conjunta –no así a otras modalidades de partición– presenta serias dificultades dada su naturaleza *mortis causa*. Así, por ejemplo, los autores del negocio –los testadores– en sentido estricto no pueden convalidar la partición en la que existía el vicio ya que hasta su fallecimiento no se *perfecciona* aquélla. Asimismo, tampoco resulta satisfactoria la aplicación del plazo legal establecido en el artículo 1.301 Cc. para una partición conjunta, pues si el momento a partir del que comienza a correr es, por ejemplo, cuando haya cesado la intimidación o la violencia, puede que la acción haya caducado antes de fallecer los testadores. Siendo ello así, no está de más afirmar que la libertad de revocación de la partición de que gozan los cónyuges testadores podría resolver alguno de los problemas planteados. Por otra parte, en la doctrina se ha ofrecido una solución a las dificultades de aplicabilidad de la sanción de la anulabilidad a los actos *mortis causa*. Así, LACRUZ y SANCHO (*Elementos de Derecho Civil*, tomo V, 5ª edición, cit., p. 258) consideran que los vicios de la voluntad referibles a dichos actos se *objetivan* en los mismos respecto de los sucesores, de tal modo que quien los puede invocar no es quien los padece. Sobre la aplicabilidad de la anulabilidad en materia testamentaria, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 502-504.

transitoria: o se anula mediante el ejercicio de la correspondiente acción, o se *convalida* a través de su confirmación o por la expiración del plazo de la acción (cfr. arts. 1.301 y 1.313 Cc.)⁸¹³. Esta anulabilidad o nulidad relativa de la partición a que nos referimos, tiene lugar cuando en la partición concurra alguno de los vicios que afectan a la voluntad –siempre que no la excluyan totalmente–: error, violencia, intimidación o dolo, cuya regulación se encuentra en los artículos 1.300 a 1.314 del Código civil⁸¹⁴.

De lo expuesto se colige que la principal diferencia que existe entre la anulabilidad de la partición y la nulidad de la misma estriba en que los defectos que pueden servir de causa de aquélla pueden ser subsanables si el acto realizado con tales vicios es confirmado (cfr. art. 1.313 Cc.). A diferencia de lo que acontece en los supuestos de nulidad absoluta, que no son sanables mediante confirmación, ni por expiración del plazo de ejercicio de la acción (arts. 1.309 a 1.313 Cc.). Junto con tal diferencia, a los efectos que ahora interesan, también se pueden señalar otras dos consistentes en que la anulabilidad no produce efecto hasta su declaración, y en que el plazo para su declaración es de cuatro años (cfr. art. 1.301 Cc.), mientras que la nulidad produce efectos sin necesidad de ser declarada y no tiene límite alguno para postular tal declaración. O dicho de otro modo: en el primer caso, la partición produce efectos hasta su impugnación y correspondiente sentencia declarando

⁸¹³ Sobre las distintas situaciones en las que se puede encontrar un negocio anulable, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 499.

⁸¹⁴ Una de las dificultades que presenta el error consiste en diferenciar cuándo aquél es esencial o meramente cuantitativo. En el primer caso puede originar la anulabilidad de la partición, y, en el segundo, su rescisión por lesión. En efecto, según señaló la sentencia de 9 de marzo de 1951 (RJA. nº 1.611) con relación a una partición contractual “no todo error vicia de nulidad el consentimiento, sino sólo (...) el que recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran dado motivo a celebrarlo”. De otra parte, la determinación de si el error es sustancial es, según recoge, entre muchas otras, la sentencia de 26 de noviembre de 1974 (RJA. nº 4.490) “cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a los tribunales de instancia”. En la doctrina, VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., pp. 981 y 982), con apoyo en la sentencia de 7 de enero de 1975 (RJA. nº 12) admite la aplicación del error a la partición por testador.

su ineficacia, mientras que en el segundo la partición es inicialmente nula y carente de efectos –a salvo lo indicado por el artículo 79 Cc.–.

V. LAS POSIBLES DIVERGENCIAS ENTRE EL ACTO DISPOSITIVO TESTAMENTARIO Y LA PARTIJA CONJUNTA

5.1 Ideas previas: el principio de correlación partición-testamento

Siguiendo el cauce trazado páginas atrás, después la determinación de los supuestos en que una partición conjunta es nula o anulable, procederemos ahora al estudio de lo que sucede cuando existen divergencias entre un acto dispositivo testamentario y una partición conjunta. Para ello, como parece lógico, resulta conveniente delimitar, en primer lugar, la realidad a que nos referimos. Pues bien, a tal efecto se ha de señalar que cuando se habla de divergencia entre testamento y partición a lo que se está haciendo referencia es a que no existe una concordancia total entre la voluntad de institución de los cónyuges y su voluntad partitiva. No hay total correlación: en el acto dispositivo testamentario se dispone de una manera y en la partición –testamentaria o extratestamentaria– se distribuyen los bienes de otra no totalmente coincidente con los criterios de disposición. En otros términos: las dos voluntades –dispositiva y partitiva– que deberían ser acordes ya que tratan de regular un mismo supuesto aunque en distintos planos, no son totalmente coincidentes a pesar de tener idéntico origen: la voluntad de los cónyuges.

Siendo ello así, antes de examinar la solución aplicable en el ámbito del Derecho gallego a los diversos supuestos posibles de divergencia entre el testamento y la partición conjunta, y con la finalidad de advertir mejor el significado de los mismos, no está de más traer aquí algunas de las consideraciones que efectuamos en el capítulo segundo sobre la función de la partición. Como tuvimos ocasión de resaltar entonces, la función típica de la partición consiste en concretar, desarrollar o ejecutar una voluntad dispositiva sin que dicho acto pueda tener virtualidad dispositiva alguna. En efecto, el artículo 117 de la Ley de Derecho Civil de Galicia al establecer las formas de deferir una herencia no incluye el negocio particional, de lo que se colige que

la partición es un acto inhábil para efectuar la delación sucesoria. Como se indica en dicho precepto, ésta puede realizarse únicamente a través de la ley, de los pactos sucesorios o de la voluntad del testador, limitándose la partición a desarrollar la disposición efectuada por los indicados medios. En el específico caso de la partición conjunta, ésta efectúa una labor de concreción de acuerdo con lo dispuesto por los testadores en un acto dispositivo testamentario del que trae causa y al cual se supedita (cfr. art. 157.2 LDCG.). A la vista de ello se advierte que para que se pueda conseguir la finalidad perseguida por la partición –la distribución de los bienes entre los herederos–, entre ésta –ya sea testamentaria o extratestamentaria– y el acto dispositivo de que trae causa y que se encarga de ejecutar, habrá de existir una perfecta coordinación.

Con todo, aun siendo ello cierto, la práctica demuestra que la indicada coordinación no es fácil de conseguir si se repara: en que el testamento y la partición pueden efectuarse en momentos diferentes y a través de cauces formales diversos, en que ambos pueden ser modificados o revocados de modo autónomo en cualquier momento, o en que, como hemos visto, los testadores no han de someterse a un criterio valorativo determinado⁸¹⁵. Estas circunstancias y otras similares pueden conducir a que en el momento de apertura de la sucesión –que es el primer momento a partir del cual se puede ejecutar la voluntad de los testadores (cfr. art. 657 Cc.)– nos encontremos con un testamento y una partición –testamentaria o extratestamentaria– que no resultan totalmente coincidentes.

⁸¹⁵ No ha de olvidarse lo que páginas atrás hemos reseñado: que desde la elaboración de la partición conjunta hasta su ejecución puede existir un amplio lapso de tiempo en el que puede verse alterado el contenido del patrimonio de que se ha dispuesto y partido, o las personas llamadas a la herencia han podido dejar de serlo por diferentes causas –muerte, declaración de fallecimiento u otras–. En tal sentido, pueden producirse variaciones en las personas o en los bienes que supongan una alteración real de lo establecido en el testamento y/o en la partición sin que se lleve a cabo la modificación de aquellos para adecuarlos a la nueva realidad. Al margen de ello, ha de tenerse presente también que la divergencia puede tener lugar tanto si la partición se ha realizado con posterioridad al otorgamiento del testamento, como si aquélla se ha confeccionado anteriormente (cfr. el epígrafe 2.4 del capítulo tercero).

Así las cosas, si nos atenemos de modo estricto al principio de perfecta coordinación que ha de existir entre partición y testamento y al principio de subordinación de lo particional a lo dispositivo –que, de entrada, parecen de aplicación–, en los casos en que concurra alguna de las circunstancias apuntadas habría de decretarse la nulidad de la partición ya que la partición “discordante” carecería de base testamentaria. La dureza de la sanción aplicable a los casos de divergencia –muy frecuentes en la práctica– propiciaría, a nuestro modo de ver, que la figura de la partición tuviese muy poca aplicación. De todas formas, según tendremos ocasión de ver en el presente capítulo, no siempre la sanción aplicable en tales casos será la nulidad.

Junto con las consideraciones anteriores y al objeto de terminar de delimitar el marco en el que se han de encuadrar las reflexiones siguientes, otras dos cuestiones han de ser tenidas en cuenta: por un lado, que aun cuando desde una perspectiva teórica resulte sumamente sencillo diferenciar la voluntad dispositiva de la voluntad particional, en la práctica tal delimitación puede resultar una operación extremadamente complicada –cuando no imposible–, sobre todo en los supuestos de partición testamentaria –como veremos, no resulta infrecuente que bajo apariencia particional se encierren verdaderas normas de institución o viceversa⁸¹⁶. Y de otro lado, ha de repararse también en que en la partición conjunta tanto la disposición como la partición son elaboradas por unos mismos autores: los cónyuges testadores (cfr. art. 157.2 LDCG.). En tal sentido, y respetando los citados principios de coordinación y de subordinación de lo particional a lo dispositivo, ha de procurarse realizarse una interpretación global de las cláusulas particionales y dispositivas a fin de averiguar la verdadera voluntad de los testadores.

⁸¹⁶ La dificultad de diferenciación de lo dispositivo respecto de lo partitivo ha sido puesta de relieve, entre otros muchos, por VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., pp. 882 y ss.) contradiciendo la primitiva opinión de ALBALADEJO, quien, en su día (cfr. “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., pp. 953 y ss.) entendía que era posible diferenciar ambos aspectos con nitidez .

5.2 Corrientes doctrinales sobre la divergencia partición-testamento. Opinión personal.

Delimitado el marco de referencia para el estudio de las posibles divergencias partición-testamento, parece oportuno comenzar el análisis de esta materia haciendo notar que en el ámbito doctrinal, fundamentalmente del Código civil, se han defendido básicamente tres soluciones diferentes para los supuestos en que no existe la mencionada correlación entre la partición y el testamento.

Un primer sector de la doctrina –de carácter minoritario– considera que una partición que contradiga en algo lo establecido en el acto dispositivo testamentario puede prevalecer si ha sido efectuada con posterioridad a aquél. La indicada solución encuentra su fundamento, según dicho sector doctrinal, en que “en materia testamentaria el testamento posterior deroga el anterior” y en que, estando tanto el testamento como la partición sujetos a las mismas reglas de interpretación, “las disposiciones singulares son más atendibles que las genéricas o universales”⁸¹⁷.

⁸¹⁷ Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XVIII, cit., p. 401. Mantiene una opinión similar GÓMEZ MORÁN (“Testamento-partición”, cit., pp. 604 a 606 y 624 y ss.) quien afirma que no existen motivos para dar preferencia a un instrumento sobre el otro ya que lo importante es el verdadero propósito del testador. En tal sentido, considera que, aun cuando se verifiquen en actos distintos y en momentos separados, tanto el testamento como la partición constituyen un solo cuerpo jurídico. Lo que no obsta, a su entender, a que deba repararse en la fecha de realización de ambos pues *lex posterior derogat anterior*. A nuestro modo de ver, los indicados autores se apoyan en el hecho de que ambas voluntades provienen de un mismo origen –los cónyuges– lo que resulta de todo punto acertado, pero olvidan que aún cuando ambas regulen un mismo supuesto tienen distinta naturaleza –con independencia del documento a través del cual se otorgue la partición– de modo tal que no pueden ser equiparadas: como ya sabemos, lo atributivo –esté en testamento o no– ha de someterse en todo caso a lo dispositivo. La asunción de la tesis expuesta por los citados autores podría conllevar la admisión de una nueva forma de testar al permitir que una partición posterior derogue un acto dispositivo testamentario anterior. A este respecto, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., p. 514), con gran sentido común, apuntó que “sería absurdo que el Código civil exija testamento y luego permita partir y manifestar una voluntad dispositiva fuera del testamento”. Con todo, no se ha de olvidar que, como se indica en el texto, la expuesta es una tesis minoritaria en la doctrina.

Junto con esta corriente doctrinal, un segundo grupo de autores, tomando apoyo en que las cláusulas dispositivas y las particionales han de diferenciarse de forma clara y diáfana, y partiendo del hecho de la subordinación de éstas a aquéllas, considera que la partición ha de tener en todo caso una exacta correlación con el testamento o testamentos de que trae causa. Así, una partición conjunta efectuada por unos cónyuges testadores habrá de adecuarse a lo por ellos dispuesto en el acto o actos dispositivo testamentarios – independientemente de que aquélla sea anterior o posterior en el tiempo, y sea testamentaria o extratestamentaria–. De no suceder así, esto es, de no adecuarse la partición a lo establecido en el testamento, aquélla será inválida al carecer de base de la que ha de traer causa. De acuerdo con dicho aserto, se concluye que la partición no puede modificar o alterar lo establecido en el acto dispositivo testamentario que le sirve de base⁸¹⁸.

⁸¹⁸ Cfr. ALBALADEJO, “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., pp. 953 y ss. Esta segunda tesis expuesta en el texto tiene, a lo que creemos, la siguiente ventaja: al reconocer la supeditación que, en todo caso, ha de darse de lo particional a lo dispositivo –ya sea partición testamentaria o extratestamentaria– sin que sea posible su equiparación, le concede a las solemnidades necesarias para testar el significado que tienen; no se las vacía de sentido, como ocurría con la tesis anteriormente explicada. Sin embargo, también entendemos que la citada tesis, tal y como la desarrolla ALBALADEJO, incurre en tres errores. Primero: el punto de partida es una clara separación entre lo dispositivo y lo particional cuya diferenciación en la práctica no siempre resulta sencilla, por lo menos cuando de partición testamentaria se trata –el mismo Albaladejo reconoció posteriormente que la diferencia entre lo dispositivo y partitivo no siempre es neta y diáfana–. Segundo: de acuerdo con la teoría expuesta, la partición sería impugnabile en los casos en que sea mínimamente discordante con la voluntad testamentaria ya que carecería de la exacta adecuación. Tercero: la tesis expuesta conduce a una interpretación del artículo 1.075 Cc. un tanto carente de sentido –argumentación parcialmente referible al artículo 158.1 LDCG.–. En efecto, ALBALADEJO (“Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, cit., pp. 955 y ss.) considera que lo que el artículo 1.075 Cc. estatuye es que la partición por testador no puede impugnarse por lesión salvo en caso de perjuicio de legítimas o cuando la voluntad particional no coincida totalmente con la voluntad testamentaria –así interpreta el inciso final del precepto en cuestión: “o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”–. Esta interpretación, un tanto alambicada, ha sido brillantemente criticada por VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., pp. 885 y ss.) quien ha puesto en evidencia la antinomia en que se incurre: de acuerdo con lo defendido por Albaladejo, el artículo 1.075 Cc. en realidad diría: “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

Por último, el tercer sector doctrinal al que nos referiremos ahora es de corte más moderado que los anteriores: ni admite que una partición posterior pueda “derogar” lo dispuesto en un testamento anterior habida cuenta de la diferencia de naturaleza existente entre ambos actos, ni tampoco propugna que haya de existir una perfecta correlación entre la partición y el acto dispositivo testamentario. Los autores que defienden esta tercera teoría, partiendo de la base de que lo partitivo ha de sujetarse en todo caso a lo dispositivo, postulan que los testadores tengan cierta libertad en la partición, erigiéndose las legítimas como único límite a dicha libertad (arg. *ex art.* 1.056 Cc.). En esta línea –afirman– habría de admitirse que una partición altere en alguna medida lo dispuesto en el testamento siempre y cuando respete los límites legitimarios. En coherencia con ello, también se le reconoce al testador libertad valorativa en los bienes⁸¹⁹.

Apuntadas las tres principales corrientes doctrinales que intentan dar respuesta al problema de la divergencia, por lo que va expuesto en este trabajo cabe afirmar, de entrada, y a salvo matizaciones posteriores, que la tercera de las opiniones reseñadas es la que se presenta como más acertada. En efecto, a

forzosa *o de que haya lesión*”. Un atisbo de esta doctrina, aunque más moderada y sin incurrir en algunos de los defectos que hemos apuntado, se encuentra en SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., pp. 1986-1988.

⁸¹⁹ Defienden esta tesis, VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, tomo II, cit., pp. 881 y ss.), GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., pp. 514 a 519) y DE LOS MOZOS (“La partición de herencia por el propio testador”, cit., pp. 187 y ss.). El acierto de esta tesis estriba en que reconoce cierta libertad al testador habida cuenta de la dificultad que existe para que haya una exacta correlación partición-testamento. Con todo, esta libertad no carece de límites, ya que si se reconociese validez a una partición contradictoria con un testamento, se estaría dando entrada a un nuevo modo de testar no previsto por el legislador. De todos modos, sobre la libertad valorativa y los límites de ésta, volveremos en breve. En otro orden de cosas, SANCHO (“Partición de herencia”, cit., pp. 532-533) apunta que existe otra corriente de autores entre los que incluye a VALVERDE y a DE DIEGO, que postula una interpretación de los artículos 1.056 y 1.075 Cc. moderada. Esta última corriente doctrinal tiene puntos de contacto con las tesis ya expuestas, motivo por el cual no incidiremos en ella de modo específico.

nuestro modo de ver y en sintonía con lo propugnado por dicha tesis, tanto en los casos en que la discordancia se produce entre un acto dispositivo testamentario y una partición conjunta testamentaria, como en aquellos otros en que la indicada divergencia existe entre un acto dispositivo testamentario y una partición conjunta extratestamentaria, habrá de acudirse, de entrada, al principio ya citado conforme al cual lo particional ha de someterse en todo caso a lo dispositivo⁸²⁰. De lo contrario, se estaría instaurando un modo de testar no previsto en la legislación: se le estaría reconociendo a la partición unas funciones que no le corresponden.

De todos modos, aun siendo ello así, entre los supuestos enunciados cabe advertir una diferencia: en el primer caso, tanto el acto dispositivo testamentario como la partición tienen el mismo cauce formal –la voluntad dispositiva y la partitiva están contenidas en un mismo instrumento–, mientras que en el segundo no. Esta diferencia resulta de importancia cuando haya cláusulas que aparentemente parezcan particionales pero que, en realidad, en vez de contener la voluntad particional de los testadores encierran su voluntad dispositiva. Si las cláusulas aparentemente particionales tienen valor y esencia dispositiva, dicha voluntad, en principio, será válida y eficaz cuando esté contenida en el acto donde se efectúa la disposición, esto es, en el testamento. Entonces, las divergencias se solucionarán conforme a las normas de interpretación de la voluntad de los testadores (cfr. art. 675 Cc.) sin que el principio de subordinación de lo particional a lo dispositivo pueda resolver cumplidamente la contradicción: las cláusulas aparentemente particionales son en realidad dispositivas y están contenidas en el instrumento establecido para ello por el legislador, por lo que, en principio, habrán de ser válidas.

⁸²⁰ En coherencia con lo explicado en el texto, no estamos de acuerdo con RODRÍGUEZ ADRADOS (“La partición hecha por el testador”, cit., pp. 228 y 229) cuando afirma que si la partición está efectuada en el marco de un testamento, en puridad no puede haber discordancia entre las cláusulas dispositivas y partitivas por cuanto que tienen igual valor: ambas son testamentarias. A lo que creemos, el hecho de que estén en un mismo documento les dota de igual cauce documental pero no del mismo valor intrínseco, pudiendo existir igualmente contradicción entre lo dispositivo y lo partitivo. El problema estriba entonces en que, como se recoge en el texto, no resulta sencillo diferenciar ambos aspectos con nitidez pudiendo lo particional encerrar una verdadera voluntad dispositiva.

En cambio, si sucediera que las cláusulas de la partición efectuada fuera de testamento tienen en realidad carácter dispositivo –ya sean dispositivas *a priori* o aparentemente particionales pero realmente dispositivas– carecerán de validez al estar contenidas en un documento que no reúne las solemnidades exigidas por el legislador para dotarlas de validez⁸²¹. En otros términos: las cláusulas dispositivas contenidas en una partición extratestamentaria no tienen la fuerza suficiente para revocar las cláusulas dispositivas testamentarias. Dicha revocación habría de efectuarse en un documento testamentario (arg. *ex art. 738 Cc.*).

⁸²¹ Contienen una solución similar el artículo 55 del CSCM. de Cataluña y la ley 338 del FN. de Navarra. En ambos se establecen criterios de interpretación a fin de disminuir el margen de inseguridad que pueden producir las divergencias a que nos referimos, distinguiendo, como no podía ser de otro modo, si dicha partición se ha efectuado en el marco de un testamento o fuera de él. El primero de los citados preceptos dispone que “*si la partición la hace el testador en el acto mismo de disposición hereditaria, las cláusulas de partición prevalecerán sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado, prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición*”. A nuestro modo de ver, los criterios recogidos por el precepto transcrito resultan correctos si se repara en la siguiente cuestión. Que cuando el citado precepto establece que “*si la partición la hace el testador en el acto mismo de disposición hereditaria, las cláusulas de partición prevalecerán sobre las dispositivas en caso de contradicción*” está recogiendo, en términos no del todo precisos, la realidad que anteriormente hemos hecho referencia: la posibilidad de que las cláusulas particionales encierren una voluntad dispositiva. Siendo ello así, se puede concluir que en ambos supuestos prevalecen las cláusulas dispositivas. Lo que resulta de todo punto congruente con la naturaleza misma de la partición que es la que impone la solución indicada, esté ésta regulada o no de forma expresa –por tal motivo no entendemos necesario que en la LDCG. se contenga un artículo similar al transcrito ya que dicha solución se encuentra implícita en la regulación–. Por su parte, la ley 338 del FN. de Navarra se expresa en los siguientes términos: “*el causante podrá hacer la partición de sus bienes en el mismo acto de disposición mortis causa o en acto separado que revista una de las formas que esta Compilación admite para disponer por causa de muerte. Si la partición se hiciera en el mismo acto de disposición, y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción. Si se hiciera en acto separado, las cláusulas particionales no podrán modificar las contenidas en el acto dispositivo, a menos que éste fuera revocable y pudiera ser revocado mediante la forma adoptada para el acto de partición*”.

No obstante lo anterior, y expuesto que la partición ha de sujetarse en todo caso a lo dispositivo, la dificultad de existencia de una exacta correlación entre la partición y el testamento, la dificultad de diferenciar lo dispositivo de lo particional y el principio de *favor partitionis* justifican, a nuestro modo de ver, que cuando la divergencia tenga lugar entre el acto dispositivo testamentario y la partición extratestamentaria se pueda reconocer cierto margen de libertad a los testadores, suavizando el principio general de correlación y subordinación anteriormente indicado en el sentido que en las páginas siguientes se examina. Siendo ello así, el referido margen de libertad no puede, en modo alguno, afectar a divergencias sustanciales ya que de suceder así, dicha partición carecería de base de la que deriva y trae causa⁸²².

Señaladas las diversas opiniones doctrinales relativas a la divergencia partición-testamento y la opinión personal que se defiende, a continuación veremos qué establecen los cuerpos legales y la jurisprudencia a este respecto.

5.3 El régimen legal de referencia

En lo que al ámbito gallego se refiere, de entrada cabe afirmar que los artículos 157.3 y 158.1 LDCG. son los únicos que regulan las posibles contradicciones entre la partición y el testamento. El primero de ellos establece que “*cuando la hiciesen –la partición conjunta– en documento no testamentario y existiese alguna contradicción con el testamento abierto,*

⁸²² Como tendremos ocasión de ver en las páginas que siguen, las divergencias sustanciales son las que permiten afirmar que la partición carece de base; esto es, que no se corresponde con el acto dispositivo testamentario que trata de ejecutar –*ad ex.* cuando no hay coincidencia alguna en cuanto a los elementos personales contenidos en el testamento y en la partición–. Según DE LOS MOZOS (“La partición de herencia por el propio testador”, cit., p. 187), en tales casos se podría solicitar la nulidad de la partición por falta de causa. Por su parte, SANCHO (“Partición de herencia”, cit., p. 537) considera que cuando las diferencias partición-testamento son esenciales cabe entender que la partición no está amparada por el testamento. Al margen de lo anterior, y al hilo del estudio que a continuación se efectuará sobre los artículos de la LDCG. y del Código civil que regulan algunas divergencias, nos referiremos a los supuestos en que, a nuestro modo de ver, la partición puede tener cierta primacía respecto del testamento.

prevalecerá la partición realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento”, mientras que el segundo dispone que “1. *La partición hecha por el testador o por los cónyuges testadores será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación atribuida en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima*”. De un primer examen de los preceptos transcritos se colige que en ambos se autoriza la divergencia entre una partición conjunta y el acto dispositivo testamentario de que traiga causa: la LDCG. sanciona la discordancia de voluntades dando validez y primacía a la voluntad partitiva sobre la dispositiva⁸²³.

Expuesto lo anterior, un examen más detenido del texto de los artículos 157.3 y 158.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia revela que ambos preceptos regulan con diferentes requisitos supuestos en parte similares. Así, en ambos se contemplan posibles divergencias –“*alguna contradicción*”, establece el artículo 157.3 y divergencias respecto del “*valor de lo adjudicado*”, el 158.1 LDCG.– entre un testamento y una partición elaborada fuera del testamento⁸²⁴. Sin embargo, como cabe apreciar, en el artículo 157.3 LDCG. se exige que el testamento que la partición contradice sea “*abierto*” y anterior, a diferencia de lo que sucede en el artículo 158.1 LDCG. donde no se exigen tales requisitos⁸²⁵. Asimismo, el primero de los preceptos citados

⁸²³ El artículo 158.1 LDCG. también resulta de aplicación a la partición por testador efectuada de modo individual. Con todo, en las páginas que siguen, únicamente nos referiremos a la elaborada de modo conjunto por los cónyuges.

⁸²⁴ Según entiende GUTIÉRREZ ALLER (“Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 416), la referencia expresa del artículo 157.3 LDCG. a que la partición ha de ser extratestamentaria resulta una “obviedad” pues si la partición es testamentaria no sería un supuesto de contradicción entre dos documentos diferentes sino un problema de interpretación del testamento. Un razonamiento similar cabría aplicar respecto del artículo 158.1 LDCG.

⁸²⁵ El requisito relativo al carácter “*abierto*” del testamento, contenido en el artículo 157.3 LDCG., se introdujo en el informe de la Ponencia de 20 de febrero de 1995, ya que en la redacción del artículo 150 de la Proposición de ley de 22 de junio de 1994 –antecedente del actual artículo 157.3 LDCG.– no se hacía referencia a él. En nuestra opinión, el carácter

autoriza la primacía de la partición si ésta es realizada en documento público, mientras que el artículo 158.1 LDCG. no recoge tal exigencia⁸²⁶.

A la vista de que los artículos citados establecen diferentes requisitos para supuestos parcialmente similares, cabe preguntarse por el modo de integración de ambos. Antes de examinar el modo cómo se integran tales artículos, resulta conveniente efectuar una breve referencia al origen de los mismos, ya que éste explica que ambos regulen de modo diverso supuestos parcialmente semejantes.

El antecedente del actual artículo 157.3 LDCG. cabe situarlo en el artículo 114 del texto elaborado por el Consello de Cultura⁸²⁷. Este precepto, de contenido muy similar al actual, era el único que en el citado texto regulaba la posible contradicción entre un testamento y una partición. Por ello, se refería

“abierto” remite al testamento mancomunado que, según la mayoría de la doctrina, necesariamente es de tal carácter (cfr. nota nº 440). Con todo, que el adjetivo abierto haga referencia al testamento mancomunado no es una opinión unánime en la doctrina gallega. En contra de ella, vid. ALBA PUENTE (“Comentarios al artículo 157.3 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 240: se trata de un lapsus del legislador derivado de que el testamento abierto es el más frecuente); DÍAZ-FUENTES (*Derecho Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/95*, cit., p. 315: resulta incoherente con la autorización que se efectúa en el primer apartado del artículo 157 LDCG. para realizar la partición en cualquier tipo de testamento); y GUTIÉRREZ ALLER (“Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., p. 416), quien contempla la tesis que comentamos aunque la descarta.

⁸²⁶ Por lo que se refiere al artículo 157.3 LDCG., la exigencia de que se trate de una partición conjunta no se recoge explícitamente en el texto del precepto pero se deriva de una interpretación sistemática del mismo. Siendo ello así, ALBA PUENTE (“Comentarios al artículo 157.3 LDCG.”, cit., p. 240) también considera aplicable dicho precepto, aunque de modo analógico, cuando la contradicción tenga lugar en una partición individual. Tal aplicación se verá matizada entonces por la indagación de la voluntad del testador; indagación que –continúa el autor– no se habrá de efectuar en casos de partición conjunta: en tales supuestos prevalecerá la norma objetiva contenida en el artículo 157.3 LDCG. dado que al ser dos otorgantes pueden existir hasta voluntades contradictorias.

⁸²⁷ Vid. nota nº 1 del capítulo primero.

de modo genérico a “*alguna contradicción*” y concedía prevalencia a la partición, siempre que se efectuase en un documento público⁸²⁸. Es decir, cabe pensar que el texto del Consello de Cultura recogía la tercera de las corrientes doctrinales señaladas –sujeción de lo partitivo a lo dispositivo pero reconociendo cierto margen a la partición–, y que, en atención a que la prevalencia admitida de la partición respecto del testamento constituía una excepción a la primacía de lo dispositivo frente a lo particional –justificada, a nuestro modo de ver, por la dificultad que existe para que se dé una exacta correlación– se exigía que la partición se realizase en un documento público; esto es, para que tuviese unas garantías similares a las de los testamentos notariales⁸²⁹. Hasta aquí, el artículo 157.3 LDCG.

Por lo que se refiere al segundo de los preceptos referidos –el artículo 158.1 LDCG.–, su antecedente viene constituido por el artículo 106.1 del texto de la Comisión No Permanente que era de la misma redacción que el actual⁸³⁰. Al igual que sucedía en el texto del Consello de Cultura, en el texto de la Comisión No Permanente el artículo 106.1 era el único que regulaba la posible contradicción entre partición y testamento, esta vez referida al *quantum*. Y a diferencia de lo que ocurría con el antecedente del artículo 157.3 LDCG., en el artículo 106.1 del texto de la Comisión no se exigía documento público y se hacía una referencia a los legitimarios; referencia que

⁸²⁸ El artículo 114 del texto del Consello de cultura establecía que “os cónxuxes poderán facer en testamento ou noutro documento a partición dos seus bens. Cando a fixeren en documento non testamentario e existise algunha contradicción co testamento, prevalecerá a partilla realizada naquel, sempre que se outorgasen en documento público”. La exigencia de que el documento público sea posterior se introdujo en la Proposición de Ley.

⁸²⁹ “El documento público tiene unas formalidades si no exactamente iguales, de rango parecido a las de la mayoría de las disposiciones testamentarias”. Cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 157.3 LDCG.”, cit., p. 239.

⁸³⁰ Vid. nota 1. El artículo 106.1 del texto de la Comisión No permanente establecía que “la partición hecha por el testador, o por los cónyuges testadores, será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación atribuida en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima”.

supone una excepción al régimen general establecido por el artículo 1.075 del Código civil. En efecto, la finalidad del antecedente del actual artículo 158 de la LDCG. era salvar la partición en la medida de lo posible. Y ello, aun cuando la legítima se viese afectada; siempre que, a través de la acción de suplemento de legítima, se pudiese corregir tal perjuicio⁸³¹.

A la vista del diverso origen de los preceptos que comentamos, se evidencia que el legislador procedió a copiar en la Ley de Derecho Civil de Galicia ambos artículos. Sin embargo, lo que no efectuó fue una labor de integración de los mismos –cada uno de ellos tenía sentido en el texto del que traía causa– de modo que actualmente regulan supuestos similares de forma diferente.

Siendo ello así, no cabe otra solución que efectuar una interpretación de ambos preceptos a efectos de su integración. En nuestra opinión, la integración pasa por entender que el artículo 158.1 LDCG. sería la norma general y el artículo 157.3 LDCG. una norma particular que matiza el contenido de lo dispuesto en dicho precepto⁸³². El artículo 158.1 LDCG. constituiría entonces un precepto general según el cual se autoriza que prevalezca la partición respecto del testamento cuando existan diferencias de valor. Y el artículo 157.3 LDCG., por su parte, sería una norma especial para cuando el mismo tipo de contradicción se produce entre una partición conjunta extratestamentaria que traiga causa y contradiga lo dispuesto en un testamento mancomunado⁸³³. En efecto, en tales supuestos y en atención al

⁸³¹ Ello se justifica en atención a que resulta más sencillo corregir una partición ya efectuada que elaborar una totalmente nueva.

⁸³² También es partidario de nuestra opinión, ALONSO VISO, cfr. *Ponencia del Curso de especialización en Derecho Gallego*, pro manuscrito, pp. 9-10.

⁸³³ *A sensu contrario* y de acuerdo con el principio *inclusius unus, exclusius alterius* se podría colegir que si no concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 157.3 LDCG. – por ejemplo, que la partición conjunta extratestamentaria traiga causa de un testamento no abierto– habrá de prevalecer lo establecido en el testamento. En contra de esta opinión, vid. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 157.3 LDCG.”, cit., p. 240.

carácter mancomunado del testamento, el legislador ha establecido un plus de exigencia para que prevalezca la partición discordante: ésta necesariamente ha de contenerse en un documento público de fecha posterior⁸³⁴.

⁸³⁴ La discordancia es, como se deduce de lo expuesto, relativa al valor. Y es que no cabe otra interpretación posible de los términos “*alguna contradicción*” del artículo 157.3 LDCG. Respecto de esta cuestión, de entrada, ha de resaltarse que el uso del pronombre indefinido “*alguna*” no resulta del todo adecuado, puesto que una interpretación gramatical del precepto nos llevaría a afirmar que si las contradicciones son “*muchas*” o “*varias*” no resultaría de aplicación dicho artículo, lo que no parece ser la finalidad del mismo (tal conclusión y su carácter erróneo ha sido puesta de relieve por GUTIÉRREZ ALLER, “*Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*”, cit., p. 416). Al margen de ello, y por lo que a la delimitación del tipo de “*contradicción*” a que el artículo 157.3 LDCG. se refiere, parece lógico excluir que con ella se esté haciendo referencia a las personas incluidas en la partición –de admitirse que la partición prevalezca sobre el testamento existiendo divergencias en cuanto a la determinación de herederos se estaría abriendo un cauce para la creación de una nueva forma de testar–. Asimismo, tampoco parece que tal “*contradicción*” deba referirse a los supuestos de preterición o de partición efectuada con un heredero aparente ya que, además de que hubiese sido mejor expresarlo de otra forma, se estaría incurriendo en una reiteración normativa al estar ya regulados tales supuestos por el Código civil (cfr. arts. 1.080 y 1.081 Cc.), que en este aspecto resulta de aplicación al ámbito gallego (arg. *ex art.* 3 LDCG.): resultaría carente de sentido volver a regular tales supuestos en la LDCG. de un modo más limitado que en el Código civil –testamento “*abierto*”, partición “*conjunta*” extratestamentaria posterior efectuada en documento público (cfr. art. 157.3 LDCG.)–. Igualmente, tampoco creemos referible la contradicción *ex art.* 157.3 LDCG. a los casos de revocación particional (cfr. LÓPEZ SUÁREZ, *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 246-249) ya que de entenderse así se estaría reduciendo a los limitados moldes que en tal artículo se recogen una facultad que tiene mayor amplitud. Como cabe apreciar, la determinación del contenido de la indicada “*contradicción*” no resulta sencillo. Buena prueba de ello es que en la doctrina no existe una solución clara sobre este aspecto. De entre los pocos autores que han estudiado con cierta profundidad la cuestión que comentamos, únicamente se reseña que el supuesto del artículo 157.3 LDCG. ha de entenderse referido a una “*contradicción*” en los bienes (cfr. ALBA PUENTE, “*Comentarios al artículo 157.3 LDCG.*”, cit., p. 240) o a un “*antagonismo genérico*” (DÍAZ-FUENTES, *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/95*, cit., pp. 314-315). Así las cosas, en nuestra opinión y según hemos avanzado, la indicada “*contradicción*” hace referencia a las discordancias de valor. Con todo, no estaría de más que en una futura reforma de la LDCG. se reestudiasse el contenido del precepto que comentamos y se le diese una redacción diferente, o bien se suprimiese el supuesto de hecho regulado (así parece haberlo efectuado la Comisión que ha elaborado la Propuesta de reforma de la LDCG. al eliminar el artículo que comentamos; cfr. VVAA., “*Propuesta de reforma de la LDCG.*”, cit., pp. 2373-2433). Por último, hemos de indicar que la posterioridad exigida por el artículo 157.3 LDCG. constituye una excepción al

Sea cual fuere la interpretación que se le haya de dar a tales preceptos, a lo que parece, ambos responden a la corriente doctrinal que hemos expuesto en tercer lugar: aun cuando lo dispositivo ha de someterse en todo caso a lo partitivo, con fundamento en el principio de *favor partitionis* cabe reconocerle a la partición cierto margen de discordancia con respecto al testamento, en atención a la dificultad existente para que haya una exacta correlación. Por tanto, en ninguno de ambos preceptos parece que se estén autorizando divergencias sustanciales.

Al margen de estos casos específicos que en breve examinaremos detenidamente –arts. 157.3 y 158.1 LDCG.–, para el resto de supuestos en que exista divergencia resulta de aplicación en Galicia lo establecido por el Código civil –que a continuación se expone– al no existir norma alguna que disponga cosa diferente (arg. ex art. 3 LDCG.)⁸³⁵.

principio jurisprudencial conforme al cual resulta indiferente que la partición sea anterior o posterior al testamento. En el caso que comentamos, el precepto no sería de aplicación si la partición es anterior al testamento.

⁸³⁵ En lo atinente al Código civil, de entrada se ha de apuntar que en él no se contiene una regulación sistemática de la materia que comentamos –como veremos, únicamente se regulan dos supuestos de contradicción o divergencia en los artículos 1.080 y 1.081 del Código civil–. Con todo, del texto de los artículos 1.056 y 1.075 Cc. cabe inferir que en dicho Cuerpo legal también se mantiene la tercera de las opiniones doctrinales expuestas: partiendo del principio de que lo partitivo ha de someterse a lo dispositivo, se le concede prevalencia a la partición efectuada por el testador en caso de cierta contradicción con el testamento, erigiéndose la legítima como único límite (respecto de las legítimas como límite o no en el ámbito gallego vid. las páginas 494 a 497). Así, el primero de los dos preceptos citados dispone que “*cuando el testador hiciera (...) la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*”. El criterio que comentamos –prevalencia de la partición por testador con respeto de los límites legitimarios– constituye, además, el parecer unánime de la jurisprudencia: vid., en tal sentido, las sentencias de 28 de diciembre de 1896 (JC. LXXX tomo nº 93), 11 de marzo de 1922 (JC. tomo CLV nº 93), 7 de enero de 1942 (RJA. nº 4) y 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272). Y, en la DGRN., las resoluciones de 16 de noviembre de 1922 (JC. tomo CLVII nº 110) y de 15 de julio de 1943 (RJA. nº 944), aunque más relacionadas con la partición por contador-partidor.

5.4 Divergencias en sentido estricto. Tipos.

5.4.1 Consideraciones generales

Los diferentes tipos de divergencias partición-testamento que a continuación examinaremos detenidamente pueden hacer referencia tanto a las personas llamadas a la herencia por ambos actos como a los bienes atribuidos en ellos. Siendo ello así, a la hora de proceder al examen separado de las citadas divergencias con el fin de averiguar las soluciones aplicables no habremos de olvidar ni el principio de *favor partitionis* ni las premisas que hasta ahora hemos apuntado: la partición es un negocio ejecutivo y que, por tanto, ha de someterse a la voluntad dispositiva; la distinción entre disposición y partición resulta de difícil determinación desde una perspectiva práctica; y que, procediendo tanto el acto dispositivo testamentario como la partición de los mismos autores, ha de averiguarse la voluntad de los mismos teniendo en cuenta ambos actos.

5.4.2 Divergencias en cuanto a los objetos. Alteración de las cuotas de disposición. El artículo 158.1 LDCG.⁸³⁶

A) Delimitación del supuesto

El supuesto de divergencia problemática cuyo análisis comenzamos viene constituido por los casos en que una partición realizada fuera de testamento modifica los criterios de institución establecidos por los cónyuges en el acto dispositivo testamentario a través de la variación del importe de las cuotas: los

⁸³⁶ En las páginas que siguen estudiaremos la alteración de cuotas de disposición únicamente con fundamento en el artículo 158.1 LDCG. Ello es debido a que el artículo 157.3 LDCG. no es más que un supuesto similar en el que hay unas mayores exigencias formales en atención al carácter mancomunado del testamento. Por tal motivo, y al margen de se haga alguna referencia a él cuando sea necesario, le resulta aplicable *mutatis mutandis* lo que a continuación se expondrá.

testadores atribuyen en la partición bienes por un importe diferente al de las cuotas de institución⁸³⁷.

La alteración particional de las cuotas de disposición puede tener lugar, por ejemplo, cuando los testadores no hayan realizado valoración alguna de sus bienes, o, habiéndola hecho, el importe atribuido a algunos de ellos no coincide con el valor objetivo de los mismos, de tal modo que distribuyen bienes por un importe diferente al de las cuotas que objetivamente le habrían de corresponder a cada heredero. En los supuestos citados nos encontramos con un mismo hecho: el valor de los bienes atribuidos a uno o varios herederos no coincide con la cuota en que fueron instituidos en el testamento. Para tales casos, el artículo 158.1 LDCG. como norma general dispone que *“la partición hecha por el testador o por los cónyuges testadores será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación atribuida en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima”*⁸³⁸.

⁸³⁷ Los casos que a continuación se examinan en el texto se refieren fundamentalmente a supuestos en que la partición ha sido efectuada fuera de un testamento. Ello se debe a que, como ya hemos apuntado, si la distribución particional se contiene en el mismo testamento donde se recoge el acto dispositivo del que aquella trae causa, más que ante un supuesto de divergencia problemática podemos estar ante un problema de interpretación de la voluntad, que no impide, como sabemos, la aplicación del principio de subordinación de lo particional a lo dispositivo. Con todo, en algún supuesto específico haremos referencia a las particiones contenidas en el marco de un testamento. Por otra parte, cabe señalar también que no sería un supuesto de divergencia problemática cuando en una partición posterior se incluyen bienes diferentes a los incluidos en el mismo lote en una partición testamentaria o extratestamentaria anterior: si se respetan las cuotas de institución estamos ante un supuesto de revocación particional que afecta únicamente a los criterios de distribución.

⁸³⁸ Para el supuesto específico de contradicción entre una partición conjunta extratestamentaria y un testamento abierto, vid. el artículo 157.3 LDCG. De otra parte, los términos en que ha sido redactado el artículo 158.1 LDCG. parecen dar a entender que la divergencia ha de producirse en una partición extratestamentaria: se dispone que *“el valor de lo adjudicado”* no se ha de corresponder *“con la cuota o participación atribuida en el testamento”*. Entre otros autores, es de esta opinión ALBA PUENTE (*“Comentarios al artículo 158.1 LDCG.”*, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 242) quien

A primera vista el precepto transcrito nos remite al concepto de lesión – cuando lo atribuido es menor que lo que se debería recibir– para el cual, el Código civil en materia de partición impone la sanción de la rescisión, salvo cuando se trata de una partición realizada por un testador⁸³⁹. Para tal caso, el artículo 1.075 Cc. preceptúa 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 fue otra la voluntad del testador”*. Sanción que, en cierto modo,

además considera que en la hipótesis de partición testamentaria la solución habría de ser análoga aun cuando, en tal caso, exista un mayor campo a la actividad interpretativa. En cambio, ZULUETA DE HAZ (“De las partijas –das partillas–”, cit., p. 375) alberga dudas sobre si el artículo 158.1 LDCG. se refiere a una partición efectuada fuera de testamento. A su entender, en caso de que la divergencia haga relación a una partición extratestamentaria debería entrar en juego el artículo 157.3 LDCG. mientras que si aquélla se instrumenta en un testamento habría de acudirse a las normas de interpretación de voluntad del Código civil. Opinión que no nos parece acertada por lo expuesto páginas atrás.

⁸³⁹ Como es conocido, la rescisión de una partición, como toda rescisión, supone un acto jurídicamente válido desde el inicio (cfr. art. 1.290 Cc.), pero en el que existen una serie de circunstancias lesivas o perjudiciales para los intereses jurídicos o económicos de los partícipes o de los terceros (el concepto de “perjuicio” que justifica la rescisión ha ido acomodándose a lo largo del tiempo a las distintas concepciones existentes; vid., a este respecto las sentencias de 15 de abril de 1924 –JC. tomo CLXII nº 34– y de 17 de abril de 1943 –RJA. nº 418–). Tales circunstancias justifican que el legislador permita la impugnación de dicho acto solicitando la declaración de rescisión. Con todo, este remedio se configura como un tanto extraordinario: únicamente se permite *“en los casos establecidos por la Ley”* (cfr. art. 1.290 Cc.) y en *“cualesquiera otros en que especialmente lo determine la Ley”* (cfr. art. 1.291.5 Cc.). Así las cosas, la declaración de rescisión conlleva dar por finalizado el negocio de que se trate con la obligación de volver las cosas al estado en el que estaban antes de su realización –la rescisión es una ineficacia de menor intensidad que la nulidad–. Lo que en muchas ocasiones no resulta posible a causa de la protección que el Código civil dispensa a los terceros, y, en nuestro caso, también por la aplicación del principio del *favor partitionis*. Así, a modo de conclusión y en términos de DE CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., p. 520), cabe afirmar que un negocio rescindible es *“un negocio válidamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley estima especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación) podrá ser declarado ineficaz (o reducida su eficacia) a petición del perjudicado”*.

resulta similar a la establecida para Galicia por el artículo 158.1 LDCG., ya transcrito. En efecto, una nota común que tienen ambos preceptos es que excepcionan la impugnación de la partición por testador en caso de existencia de lesión: en la LDCG. se indica que la partición “*será válida*” –no impugnabile por tal diferencia de valor–, y en el Código civil se prescribe que, en principio, la partición no se rescindiré por dicha lesión salvo en los casos específicos referidos en el artículo 1.075 Cc.; esto es, cuando “*perjudique la legítima de los herederos forzosos*” o cuando “*aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*”. Como se puede apreciar, aun cuando la sanción establecida en ambos preceptos sea en cierto modo similar, existen importantes diferencias entre ambos. De entre ellas, ahora resulta suficiente con referirnos a dos⁸⁴⁰. Primera: en el precepto de la ley gallega no se contempla expresamente la posibilidad de que los testadores dispongan que la partición por ellos efectuada se pueda rescindir por lesión, lo que no resulta de mayor importancia habida cuenta del carácter supletorio del artículo 1.075 Cc. en este extremo (arg. ex art. 3 LDCG.). Y segunda: de acuerdo con el texto del artículo 158 LDCG., el legislador gallego no prevé la impugnación de la partición cuando las legítimas se vean afectadas, a diferencia de lo que sucede en el artículo 1.075 Cc. que dispone 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*” –a sensu contrario cabe colegir que en caso de perjuicio de legítimas puede ser impugnada la partición–. En la LDCG. la partición “*será válida, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima*”. Pero en fin, dicho lo anterior, detengámonos a analizar el texto del artículo 158.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, así como los motivos que justifican la citada excepción.

B) Examen de los perjuicios en el ámbito legitimario

De entrada, el examen del precepto a que nos referimos evidencia que en él se postula la eficacia de la partición aun cuando el valor de lo adjudicado no

⁸⁴⁰ Recogiendo alguna de estas diferencias, cfr., entre otros, GUTIÉRREZ ALLER, “Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., pp. 415 y 416.

se corresponda con la cuota o participación atribuida por el testador o testadores en el testamento, con independencia de que la legítima se vea afectada o no⁸⁴¹.

De este aserto, y respecto de la legítima, se derivan dos cuestiones a las que es preciso referirse. En primer lugar: de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 158.1 LDCG. se deduce que el heredero no forzoso que en la partición haya recibido menos de lo que le correspondía por testamento ha de pasar por lo establecido en aquélla, sin que, en principio, tenga posibilidad alguna de impugnar la partición por tal motivo. Así parece deducirse del artículo 158.1 LDCG. por cuanto que, y esto es lo que ahora interesa, la única excepción que en él se contempla es la referente al heredero forzoso que ve afectada su legítima. La indicada sanción –pasar por la partición en todo caso– resulta, por tanto, aplicable cuando un heredero no forzoso instituido en testamento recibe en la partición más o menos valor de lo que en la parte dispositiva de dicho instrumento se establecía.

Siendo ello así, creemos que no ha de entenderse incluido dentro del artículo 158.1 LDCG. el supuesto en el que un heredero no forzoso instituido en testamento no recibe nada en la partición⁸⁴². A nuestro modo de ver, en tal caso estamos ante un supuesto de preterición particional regulado por el artículo 1.080 Cc. y no ante una mera diferencia cuantitativa que haya de entenderse comprendida en el artículo 158.1 LDCG. En el caso apuntado, el heredero no recibe un poco más o un poco menos: no recibe nada; ha sido

⁸⁴¹ Al margen del supuesto señalado en el texto, VALLET se refiere a otras causas que pueden originar lesión: cfr. “Comentarios a los artículos 1.073 y 1.074 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, pp. 509 y ss.

⁸⁴² Aunque más tarde examinaremos el supuesto al que aludimos en el texto, avanzamos ya desde ahora que la preterición particional es referible a cualquier heredero instituido, y no solamente a los herederos forzosos o legitimarios, tal y como sucede en el ámbito de la preterición testamentaria (cfr. art. 814 Cc.)

“preterido” en la partición⁸⁴³. Entonces, si no ha existido dolo o mala fe que permitan la rescisión de la partición en tal supuesto –según establece el artículo 1.080 Cc.– los herederos “*tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*”.

Y en segundo lugar, también se ha de resaltar que aun cuando el texto del artículo 158.1 LDCG. permita afirmar que se impone al testador el límite de la legítima no se sanciona su vulneración. En efecto, en caso de afectación de las legítimas la partición seguirá siendo válida “*sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima*”⁸⁴⁴. Cuando la legítima se ve afectada lo procedente será, entonces, que los legitimarios afectados reclamen, en su caso, “*el suplemento de legítima*”. Suplemento que habrá de exigirse conforme a lo que se dispone en el artículo 815 Cc.⁸⁴⁵. Entonces, cabe pensar que la solución que establece el artículo 158.1 LDCG.

⁸⁴³ Discrepamos, por tanto, de la opinión que mantiene DÍAZ-FUENTES (*Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/95*, cit., p. 317) quien, con fundamento en el artículo 158.1 LDCG., defiende que ha de reconocerse valor revocatorio a la partición en la que uno de los herederos instituidos en el testamento no recibe nada. A nuestro modo de ver, tal razonamiento supone desconocer la diferencia de naturaleza que existe entre un acto dispositivo testamentario y una partición. De acuerdo con ella, una partición extratestamentaria no podrá revocar la institución contenida en un testamento.

⁸⁴⁴ En el precepto que comentamos se aprecia con nitidez la influencia del principio del *favor partitionis*: se prefiere mantener una partición efectuada, aun cuando en ella existan vulneraciones legitimarias, antes que realizar una nueva partición.

⁸⁴⁵ A nuestro entender, cuando el artículo 158.1 LDCG. dispone que los legitimarios pueden pedir “*el suplemento de legítima*” está efectuando una remisión al artículo 815 Cc. – “*el heredero forzoso a quien el testador haya dejado (..) menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*”– y no al artículo 1.077 Cc. donde se recoge la solución aplicable a la rescisión de la partición por lesión: opción entre indemnización del daño o proceder a nueva partición. DÍAZ-FUENTES (*Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/95*, cit., p. 317) es de la misma opinión, mientras que ALBA PUENTE es partidario de la opinión contraria: el artículo 158.1 LDCG. remite al artículo 1.077 Cc. (cfr. “Comentarios al artículo 158.1 LDCG.”, cit., p. 242). La remisión del artículo 158.1 LDCG. al 815 Cc. supone, además, que el plazo para el ejercicio de la acción, que es personal (cfr. art. 151.2 LDCG.), sea de quince años (cfr. art. 1.964 Cc.) y no de cuatro (cfr. art. 1.076 Cc.) como ocurriría si la remisión se efectúa al artículo 1.077 Cc.

conforme a la cual se ha de mantener la partición a pesar de que exista un perjuicio en la legítima –que ha de ser probado– excepciona el principio de intangibilidad de la misma⁸⁴⁶. Siendo ello así, la configuración de la legítima en la LDCG. como *pars valoris bonorum* y su regulación relativizan la trascendencia de la excepción que el artículo 158.1 LDCG. constituye a dicho principio⁸⁴⁷. Con todo, tal excepción en modo alguno implica suprimir el

⁸⁴⁶ El tenor del artículo 158.1 LDCG. permite colegir que existe una presunción favorable a la eficacia de la partición, habiendo de ser probado, por tanto, el supuesto perjuicio de legítimas. Ello no impide que, en los casos en que la discordancia sea explícita, el perjuicio pueda ser probado con la misma partición, a diferencia de lo que sucede cuando el perjuicio no se derive expresamente del texto de la partición (cfr. ALBA PUENTE, “Comentarios al artículo 158.1 LDCG.”, cit., p. 242). Una solución similar se contiene en el Código civil: el artículo 1.056 Cc. establece una “presunción” de eficacia de la partición al establecer que “*se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*”. Esta realidad ha sido puesta de relieve por la DGRN. ya desde la resolución de 16 de noviembre de 1922 (JC. tomo CLVII nº 110) en la que se afirmaba que, en atención a lo establecido en el citado precepto, no había exigirse una demostración *a priori* de que la partición no lesionaba los derechos de los legitimarios.

⁸⁴⁷ Respecto de la determinación de la naturaleza de la legítima en la LDCG. no existe unanimidad en la doctrina y los partidarios de las dos tesis existentes encuentran en su defectuoso articulado argumentos a favor y en contra. Así las cosas, un grupo de autores considera que la legítima se configura en la LDCG. como una *pars bonorum*: es una cuota parte de los bienes de la herencia, una vez liquidadas las deudas (cfr. ESPINOSA DE SOTO y GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, “Comentarios al artículo 146 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 163-178). Por otro lado, el sector doctrinal mayoritario estima que la legítima se configura en la LDCG. como una *pars valoris bonorum*: el legitimario no es un cotitular del patrimonio hereditario sino acreedor de un valor garantizado con la afección real de los bienes (cfr. art. 151 LDCG.), aun cuando lo ordinario sea que tal valor se pague con bienes de la herencia (vid., por todos, GUTIÉRREZ ALLER, “Régime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, cit., pp. 404-407, y GARCÍA RUBIO, “Comentarios al artículo 146 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXII, vol. II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 1143-1151). Al margen del desacuerdo doctrinal apuntado –desacuerdo que no es baladí ya que si el legitimario es un cotitular podrá ejercitar la acción de petición de herencia y los herederos no legitimarios no podrán adjudicarse por sí solos los bienes de la herencia, a diferencia de lo que sucede si el legitimario es acreedor de un valor–, lo que sí resulta evidente es que la LDCG. contiene en el Capítulo relativo a las legítimas preceptos defectuosos –en algunos casos contradictorios entre sí– que permiten defender las dos opiniones que hemos

límite legitimario en el ámbito particional: éste continúa constituyendo un principio rector aun cuando su vulneración no conlleve la impugnación de la partición sino el ejercicio de la acción de suplemento.

Reseñadas las dos cuestiones anteriores referentes a la legítima, veamos ahora en qué se fundamenta el mantenimiento de la partición a pesar de las diferencias de valor que permite el artículo 158.1 LDCG.

C) Fundamento de la sanción establecida en el artículo 158.1 LDCG.

A nuestro modo de ver, el fundamento de la primacía que el artículo 158.1 LDCG. otorga a la partición conjunta divergente respecto del testamento en lo que al valor se refiere, reside en las dos razones que a continuación se exponen.

De una parte, la incomparable situación en que se encuentran los cónyuges testadores a la hora de partir –en principio, son los que mejor conocen sus bienes y las necesidades y aptitudes de los que instituyen como herederos– unida a la libertad de que aquellos gozan tanto para disponer como para distribuir sus bienes, justifican que no se les haya de imponer un criterio valorativo distinto del que hayan utilizado para llevar a cabo la partición. En tal sentido, los testadores tienen plena libertad de efectuar la valoración de sus bienes como estimen conveniente, sin que se le haya de imponer un criterio de valoración concreto (cfr. art. 158.1 LDCG.)⁸⁴⁸.

Y de otra parte, el mantenimiento de la partición aun cuando no exista una total coincidencia entre lo recibido y lo atribuido por testamento se fundamenta también, como sabemos, en las dificultades prácticas que existen para que se dé una exactitud total entre el acto dispositivo testamentario y la

comentado. Con todo, la Propuesta de reforma de la LDCG. reconoce de forma expresa en los artículos 243 y ss. que la legítima se configura como *pars valoris bonorum* (cfr. VVAA., “Propuesta de reforma de la LDCG.”, cit., pp. 2425 y ss.).

⁸⁴⁸ No se ha de olvidar que el establecimiento de un criterio objetivo de valoración usualmente reviste gran dificultad (cfr. epígrafe 3.4 del capítulo primero).

partición, a las que ya hemos hecho referencia: dificultad de fijar un criterio valorativo totalmente objetivo o la posibilidad de aumento o variación del valor de los bienes, entre otras. Por tales motivos, el legislador considera oportuno que no haya de admitirse la impugnabilidad de la partición ante la discordancia entre lo atribuido por testamento y lo recibido, tal y como lo recoge en el artículo 158.1 LDCG.

D) Los límites aplicables a la facultad señalada en el artículo 158.1 LDCG.

a) Ideas previas y justificación

Expuesto lo anterior, y con independencia de que los motivos que fundamentan el mantenimiento de la partición a pesar de la discordancia de cuotas no estén faltos de sentido, creemos que al igual que sucede con el resto de modalidades de partición, la efectuada por los cónyuges testadores también ha de tener límites.

En efecto, en nuestra opinión, aun cuando los testadores sean muy dueños de disponer y partir como estimen oportuno, las valoraciones que efectúen en el momento de elaborar la partición han de estar sujetas a límites de tal modo que su vulneración permita la impugnación de la partición, sin que la sanción del artículo 158.1 LDCG. deba tener carácter absoluto.

Y es que, si se admite lo contrario –que cualquier discordancia valorativa está amparada por el artículo 158.1 LDCG.– los testadores en uso de su libertad de disposición y valoración gozarían de un amplio margen que, por ejemplo, podría ser utilizado en perjuicio de los herederos: si en ningún caso cabe impugnar por causa de lesión la partición que efectúen unos cónyuges, producida, pongamos por caso, por la valoración arbitraria de los bienes (arg. ex art. 158.1 LDCG. y art. 1.075 Cc.), aquellos podrían distribuir sus patrimonios favoreciendo mucho a uno de los herederos y perjudicando a otros, a pesar de que en el testamento hubiesen instituido a los herederos a partes iguales.

De igual modo, si, en todo caso, hubiera de pasarse por la distribución efectuada en la que existen divergencias que afecten a las cuotas, la partición podría implicar de hecho cierta virtualidad dispositiva, lo que atentaría contra su naturaleza: por la vía particional se estarían dejando sin efecto cláusulas de institución del acto dispositivo testamentario. Se estaría instaurando una nueva forma de testar sin las solemnidades exigidas por el Código civil y la LDCG.⁸⁴⁹

Lo expuesto evidencia dos cuestiones: que a la sanción del artículo 158.1 LDCG. en modo alguno ha de reconocérsele carácter absoluto, y que la partición conjunta ha de estar sujeta a límites, cuya necesidad de existencia se deriva de la naturaleza de la misma. Tales límites son, en nuestra opinión, los que se derivan de la propia legislación: de una parte, le sería aplicable a la partición efectuada por los testadores la limitación que ellos mismos pueden imponer de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.075 Cc. –aplicable en Galicia *ex art. 3 LDCG.*–; y de otra, el derivado de la buena fe que ha de inspirar toda la partición, en especial, la valoración de los bienes. Veamos cada uno de ellos separadamente.

b) El límite establecido por los propios testadores de acuerdo con el artículo 1.075 Cc.

En lo que ahora importa, el indicado precepto, cuya aplicación al ámbito gallego ya ha sido puesta de relieve, excepciona la impugnación de la partición por lesión si ha sido efectuada por el testador –o testadores, en nuestro caso– salvo que aquellos hayan establecido lo contrario. A tal efecto se dispone que *“la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso (..) de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”*. De acuerdo con el texto transcrito, los testadores pueden señalar que la partición pueda ser impugnada

⁸⁴⁹ Habida cuenta de que para la aplicación del artículo 158.1 LDCG. se parte de una cierta compatibilidad entre testamento y partición, entendemos, con ALBA PUENTE (“Comentarios al artículo 158.1 LDCG.”, cit., p. 242), que no entrará en juego dicho precepto si una partición anterior es discordante con un testamento posterior revocatorio.

por causa de lesión que, para ser tal, habrá de ser superior a “*la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*” (art. 1.074 Cc.)⁸⁵⁰. El sometimiento de la partición a la rescisión por lesión puede señalarse de modo expreso o tácito –esto es, que quepa presumir racionalmente tal voluntad en los cónyuges–. En tal sentido, creemos que resulta posible presumir racionalmente que es voluntad de los testadores someter la partición que efectúan a la rescisión por lesión del hecho de que indiquen en el testamento o en la misma partición que buscan “la absoluta igualdad de los herederos” o “la proporcionalidad de sus cuotas”, o utilizan términos similares para enunciar su deseo de igualdad⁸⁵¹. En tales casos, podríamos entender que sujetan su partición a la impugnación por lesión y no resultaría de total aplicación la sanción contenida en el artículo 158.1 LDCG.⁸⁵²

c) El límite de la buena fe

Junto con el límite derivado del artículo 1.075 Cc. a que nos hemos referido, la partición conjunta efectuada por los cónyuges testadores también ha de someterse al principio de buena fe que ha de inspirar todo el acto particional. A los efectos que ahora interesan, entendemos que el citado

⁸⁵⁰ Reconociendo que para la valoración a efectos de dilucidar si hay lesión o no se atiende al momento de la adjudicación, vid., entre muchas otras, las sentencias de 17 de abril de 1943 (RJA. nº 418), 22 de diciembre de 1944 (RJA. nº 1.392), 16 de noviembre de 1955 (RJA. nº 207) y la de 24 de noviembre de 1960 (RJA. nº 3.761). Además, sobre la determinación de la existencia de lesión, vid., en especial, la sentencia de 21 de marzo de 1985. (RJA. nº 1.192).

⁸⁵¹ Es de la misma opinión VALLET, “Comentarios al artículo 1.075 Cc.”, en *VVAA., Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 528.

⁸⁵² No ha de olvidarse que la determinación de la lesión no se efectúa sobre cada uno de los bienes aisladamente considerados, sino sobre el lote adjudicado y en relación con el valor total, y que aquélla no existe si el defecto de valoración se ha producido sobre toda la herencia; esto es, si toda la herencia ha sido sobre o minusvalorada en el mismo porcentaje (vid. las sentencias de 23 de junio de 1947 –RJA. nº 910– y de 25 de noviembre de 2004 –RJA. nº 7.252–, y la nota nº 116). Ello es así por cuanto que lo que en realidad preserva la lesión es la proporcionalidad y no la exactitud real de las valoraciones.

principio obliga a los cónyuges a no realizar valoraciones arbitrarias en el momento de elaboración de la partición, ya que dichas valoraciones podrían desvirtuar las cláusulas dispositivas. De acuerdo con ello, podría probarse la mala fe de los cónyuges testadores cuando existan valoraciones arbitrarias de los bienes con evidente perjuicio para alguno o algunos de los herederos, pudiendo entonces impugnarse la partición efectuada⁸⁵³.

d) Conclusión

A modo de resumen podemos afirmar que el legislador gallego admite, y así lo refleja en los artículos 157.3 y 158.1 LDCG., que existan ciertas divergencias valorativas entre la partición y el testamento, consecuencia lógica de entender que los testadores tienen libertad a la hora de valorar los bienes del modo en que estimen conveniente. A tal efecto, prescribe en el artículo 158.1 LDCG –norma general que resulta de aplicación al artículo 157.3 LDCG.– que la partición será válida aun cuando no coincida el valor de lo asignado en la partición con la cuota atribuida en el testamento. De todas formas, tal solución no tiene carácter absoluto habiendo por tanto de ser matizada –la admisión de tal carácter podría conllevar la creación de una nueva forma de testar–. Así, cabe señalar que la indicada sanción se encuentra sujeta al límite derivado del principio de la buena fe que impide una valoración totalmente arbitraria de los bienes por los testadores al elaborar la partición, y, eventualmente, al resultante de la voluntad de los cónyuges quienes pueden señalar que la partición por ellos efectuada pueda ser impugnable por lesión en más de un cuarto (cfr. art. 1.074 Cc.)⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Evidentemente, y en atención al carácter *mortis causa* de la partición, la prueba de la mala fe en la valoración ha de realizarse en la ejecución de la misma, tras el fallecimiento de los testadores: a través de indicios cabría demostrar el carácter arbitrario de la valoración. Por otro lado, admitiendo que a través de las valoraciones arbitrarias se desvirtuarían las cláusulas dispositivas, vid. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Naturaleza y eficacia de la partición...”, cit., pp. 515 y 516.

⁸⁵⁴ A lo que creemos, el principio de *favor partitionis* es jerárquicamente inferior al principio de la buena fe sin que pueda imponerse sobre él (arg. *ex* art. 1.080 Cc.). De este modo, no parece lógico admitir que, en virtud del principio de conservación de la partición, se

E) Consideraciones críticas

Examinada la solución que la Ley de Derecho Civil de Galicia prevé en el artículo 158.1 para los supuestos en que el valor de lo atribuido en la partición no coincida con los criterios de institución contenidos en el acto dispositivo testamentario, a continuación efectuaremos algunas consideraciones críticas a dicha regulación, ya que, a lo que creemos, la solución legal no resulta del todo adecuada. En efecto, según hemos tenido ocasión de poner de relieve, de no entenderse el precepto en cuestión ni los límites a los que debe sujetarse como hemos indicado anteriormente, por dicha vía se podría estar dando cabida a una nueva forma de testar –nótese que en el artículo 158.1 LDCG. no se establece más que el principio general de acuerdo con el cual es válida la partición extratestamentaria a pesar de las divergencias valorativas sin que se proceda a una ulterior delimitación de las condiciones de dicha prevalencia tales como el límite cuantitativo, por ejemplo–.

Así las cosas, en primer lugar hemos de apuntar que no acertamos a comprender por qué en el artículo 158.1 LDCG. –lo mismo sucede en el Código civil en el artículo 1.075– se exceptúa la partición efectuada por el testador –de modo individual o conjunto– de la posibilidad de que sea impugnada por lesión, habida cuenta de que tanto las fluctuaciones de valor de los bienes fruto del normal tráfico jurídico como la amplia libertad que las referidas normas otorgan a los testadores en la valoración de los bienes pueden originar perjuicios irreparables en los herederos⁸⁵⁵. Es cierto que resulta harto complicado que se dé una correlación totalmente exacta entre el valor de los bienes atribuidos y la cuota de institución, y que resulta de todo punto lógico que al testador se le conceda cierta libertad valorativa. Sin embargo, a nuestro entender ello no justifica que se haya de eximir por principio –salvo que el testador establezca lo contrario o ello se pueda deducir

mantenga una en la que se produzcan evidentes perjuicios a los herederos, no susceptibles de sanación, por ejemplo, por la arbitraria valoración de los bienes por los cónyuges testadores.

⁸⁵⁵ Un razonamiento similar cabe aplicar al artículo 157.3 LDCG.

del testamento– la impugnabilidad de la partición por causa de lesión (arg. ex art. 158.1 LDCG. en relación con el art. 1.075 Cc.).

Al margen de que, en nuestra opinión, el criterio legal de acuerdo con el cual la partición por testador no es impugnable por lesión sea hartamente discutible, es la solución a que hemos de atenernos. De todos modos, aún admitiendo que dicha partición, de principio, no resulta impugnable por lesión, creemos que la fijación *expresa* de cuotas en el acto dispositivo testamentario debería incluirse dentro de la excepción recogida en el artículo 1.075 Cc.: “*aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*”. El establecimiento expreso de cuotas constituye, a nuestro modo de ver, un indicio de que es voluntad del testador o testadores que la partición efectuada se someta a la rescindibilidad por lesión. Veamos el fundamento de este aserto⁸⁵⁶.

Como es sabido y según hemos puesto de relieve en numerosas ocasiones, la partición ha de sujetarse a los criterios de institución establecidos por los testadores en el acto dispositivo testamentario, máxime cuando de partición extratestamentaria se trata. Pues bien, así las cosas, cuando aquellos explicitan las cuotas en el instrumento testamentario, fijando el montante de acuerdo con el cual habrán de distribuirse los bienes, están señalando de forma clara los criterios a los que se someterán en la distribución que habrán de efectuar. Por tanto, si ordinariamente se ha de exigir correspondencia entre la partición y el testamento, ello resulta más necesario si se señalan expresamente tales criterios –de modo especial si en el testamento o en la partición se contiene el

⁸⁵⁶ Lo reseñado en el texto respecto de la expresa fijación de cuotas constituye una interpretación correctora del artículo 158.1 LDCG. en atención a que en él se permite la discordancia respecto de la “*cuota o participación atribuida en el testamento*”. Con todo, tal interpretación, a nuestro modo de ver, antes que suponer un menoscabo a los derechos de los partícipes constituye una salvaguarda de los que les han sido atribuidos. En efecto, si los cónyuges testadores quisiesen, por ejemplo, perjudicar a uno de los herederos parece técnicamente más correcto que lo hiciesen en el ámbito dispositivo y no a través de falsas valoraciones en la partición, ya que el margen de valoración de que gozan éstos ha de fundarse en la dificultad práctica de conseguir una valoración totalmente objetiva sin que pueda servir para producir perjuicios inimpugnables a los herederos.

avalúo de los bienes que hayan podido realizar los testadores: lógicamente habrá de exigirse una correlación interna entre los valores establecidos y las cuotas, aun cuando dichas valoraciones sean subjetivas—. Y es que, de lo contrario, es decir, si se admitiese la modificación de las cuotas de institución a través de la partición –bien mediante las valoraciones que efectúen los cónyuges, bien dando carta de naturaleza a las fluctuaciones del valor de los bienes a causa del tiempo transcurrido–, se estaría vulnerando la naturaleza de ambos instrumentos: de postularse tal admisibilidad, la partición podría estar adquiriendo cierto valor dispositivo.

Por el cauce expresado se puede concluir que el señalamiento expreso de cuotas supone la voluntad de los testadores de someterse a ellas en la distribución. De lo que cabe inferir que, por dicha vía, los cónyuges están admitiendo la impugnabilidad de dicha partición en caso de incumplimiento de la norma por ellos fijada, siempre y cuando dicho incumplimiento alcance la cuantía legalmente establecida: un cuarto (cfr. art. 1.074 Cc.). O dicho en otros términos: los cónyuges están admitiendo la impugnación de la partición efectuada por causa de lesión en más de un cuarto⁸⁵⁷.

A la anterior interpretación podría objetarse, por un lado, que constituye una limitación de la libertad partitiva de los testadores, y, por otro, que desconoce las fluctuaciones de valor propias del mercado. Respecto de la primera objeción cabe señalar que, en efecto, la indicada interpretación limita la voluntad partitiva de los testadores, pero no en mayor medida en que dicha voluntad viene limitada por la naturaleza de la partición, que como es conocido, es un acto meramente ejecutivo. Con el sometimiento de la voluntad partitiva a los criterios de disposición fijados expresamente por los mismos cónyuges no se les limita su libertad de testar ni se les impone un

⁸⁵⁷ La admisión de la impugnabilidad de la partición efectuada por los testadores por causa de lesión en caso de que exista expresa fijación de cuotas no modifica la cuantía que dicha lesión ha de alcanzar para que proceda dicha impugnación. Así pues, con la referida interpretación no se exige en modo alguno la existencia de una correlación exactísima entre el testamento y la partición, quedando en la partición cierto margen de libertad para los cónyuges testadores y para los lógicos aumentos o disminuciones del valor de los bienes. De igual forma, no se propugna la impugnabilidad ante la mínima discordancia.

criterio valorativo determinado. Éstos continúan teniendo la posibilidad de modificar las cuotas determinadas en el testamento y también de valorar los bienes como estimen oportuno dentro de los límites que se fijan en el Código civil para la impugnación por lesión (cfr. art. 1.074 Cc.)⁸⁵⁸.

Y, respecto de la segunda objeción, es preciso señalar que a través de la admisibilidad de la rescisión por lesión si existe expresa fijación de cuotas, lo que en realidad sucede es que las fluctuaciones en la valoración de los bienes afectarán a todos los herederos y no sólo a alguno o algunos de ellos. O dicho de otro modo: admitiendo la rescindibilidad de la partición por lesión los herederos se “reparten” las variaciones de valor; afectan a todos por igual. Lo que, en nuestra opinión, se revela más justo y acorde con la voluntad del testador al establecer las cuotas de institución.

De acuerdo con lo expuesto y a modo de conclusión, entendemos que de la fijación expresa de las cuotas de disposición cabe presumir que es voluntad de los testadores que la partición se pueda impugnar por lesión cuando aquélla sea superior a un cuarto, no habiendo de exigirse, por tanto, una exactísima correlación entre la partición y el testamento⁸⁵⁹. De todos modos, si aquéllos

⁸⁵⁸ Para poder calcular si ha existido lesión entre lo adjudicado y lo que se debía recibir – cuya apreciación es de la exclusiva competencia de los Tribunales (cfr., en tal sentido, las sentencias de 21 de abril de 1931 –RJA. nº 2.022–, de 11 de abril de 1959 –RJA. nº 1.546– y la de 25 de febrero de 1980 –RJA. nº 1.010–)– resulta de todo punto necesario conocer tres datos relativos a la partición de que se trate: el valor real de los bienes de la herencia, el valor que a cada heredero le correspondería por su cuota en relación con el valor real de la herencia y el valor que a cada uno efectivamente le ha sido adjudicado.

⁸⁵⁹ La legitimación activa de la acción de rescisión le corresponde a las personas indebidamente perjudicadas que, por lo que a la partición se refiere, son el coheredero o coherederos que han sufrido la lesión (cfr. la sentencia de 6 de noviembre de 1934 –RJA. nº 1.781–; también la pueden ejercitar en nombre de los herederos perjudicados, sus acreedores –art. 1.111 Cc.–; y carecen de legitimación activa para el ejercicio de dicha acción los legatarios de cosa determinada). Los herederos perjudicados habrán de probar la existencia del perjuicio y su cuantía –en la que incluirán los frutos y las rentas de modo que se pueda reparar totalmente la lesión (sobre los frutos, vid. el resumen de opiniones que efectúa SANCHO en “Partición de herencia”, cit., pp. 612 y 612)–, y dirigirán la demanda contra el resto de los coherederos (sobre la posibilidad de demandar sólo a aquél cuyo lote haya sido infravalorado vid. DE LA CÁMARA, “Comentarios a los artículos 1.073 a 1.078 Cc.”, cit., pp.

prefieren que la partición conjunta no se someta a la impugnación por lesión pueden descartar expresamente tal posibilidad⁸⁶⁰.

2523 y 2524; y admitiendo la existencia de litisconsorcio necesario entre todos los coherederos en un caso similar al que plantea dicho autor, vid. la sentencia de 19 de mayo de 1965 –RJA. nº 2.860–). El plazo para el ejercicio de tal acción, que según la doctrina y la jurisprudencia es de caducidad, no siendo susceptible de prórroga alguna ni tampoco de interrupción (vid., por todas, la sentencia de 27 de octubre de 2000 –RJA. nº 8.554–), es de cuatro años contados desde que se hizo la partición, tal y como establece el art. 1.076 Cc. (sobre la posibilidad de aplicar el plazo establecido en el artículo 1.299.2 Cc. en relación con la partición, vid. VALLET, “Comentarios al artículo 1.076 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, pp. 539 y 540). Con todo, dicha acción puede renunciarse si “el interesado, al hacer la renuncia, conocía todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y existencia de la lesión”, sin que quepa admitir una renuncia hecha “de modo incondicional, y, después, el renunciante tuviese conocimiento de hechos nuevos, tales como falsas valoraciones u ocultaciones de bienes que viciasen su consentimiento por error” (sentencia de 11 de junio de 1957 –RJA. nº 2.517–; discrepan de la opinión expuesta, DE LA CÁMARA, “Comentarios a los artículos 1.073 a 1.078 Cc.”, cit., p. 2524 y SANCHO, “Partición de herencia”, cit., pp. 608 y 609, quienes son partidarios de la admisibilidad de una renuncia a todo evento –excepto en caso de dolo– ya que, a su entender, en tal caso es cuando verdaderamente tiene utilidad la misma –es de cuenta del renunciante asumir el riesgo de la renuncia, pudiendo no hacerla si no está seguro de ello–; por otro lado, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 2111, pone de relieve que, de admitirse la renuncia anticipada, podría convertirse en una cláusula de estilo en todas las particiones). Junto con ello, cabe resaltar también que no podrá ejercitar la acción de rescisión el heredero que hubiese enajenado voluntariamente, a título gratuito u oneroso, el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles –la doctrina también lo aplica a los muebles– que le hubieran sido adjudicados (cfr. art. 1.078 Cc. y, a modo de ejemplo, vid. la sentencia de 25 de enero de 2005 –RJA. nº 1.159–). La apreciación de cuánto resulta “considerable” a efectos de la presente norma corresponde al arbitrio del juez (vid., por todos, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., pp. 763 y 764 y VALLET, “Comentarios al artículo 1.078 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 562).

⁸⁶⁰ A la vista de las consideraciones efectuadas, proponemos que en una ulterior modificación de la LDCG. se delimite con mayor precisión el supuesto del artículo 158.1, dando cabida a lo que se reseña en el texto; esto es, reconociendo que la partición extratestamentaria ha de sujetarse a lo establecido en el testamento y que en caso de fijación expresa de cuotas se entiende que es voluntad de los cónyuges permitir la rescindibilidad de su partición por causa de lesión en más de un cuarto.

5.4.3 Divergencias en cuanto a las personas

A) Preliminares

Según hemos avanzado páginas atrás, junto con las divergencias relativas a los objetos también resulta posible que la partición efectuada fuera de testamento sea discordante respecto del acto dispositivo testamentario en lo que a los elementos personales se refiere. En este ámbito nos encontramos con cuatro posibilidades que a continuación examinaremos de manera separada: divergencia total entre partición y testamento, preterición parcial (cfr. art. 1.080 Cc.), inclusión en la partición de una persona que no es heredero (cfr. art. 1.081 Cc.) y divergencia parcial entre la partición y el testamento.

B) Divergencia total entre la partición y el testamento

El supuesto que hemos denominado como de divergencia total en cuanto a los elementos personales viene caracterizado por el hecho de que en la partición se distribuyen los bienes de las herencias de los cónyuges entre unas personas que difieren totalmente –o, al menos, en su mayor parte– de las instituidas en el testamento. Es decir, no existe coincidencia entre los herederos instituidos en el acto dispositivo testamentario y los distributarios de los bienes señalados en la partición. En tales casos, en la partición se produce un apartamiento del testamento en cuanto a la esencia vocativa, lo que, a nuestro modo de ver, ha de ser sancionado con la nulidad total de la partición, sin que pueda jugar en dicho supuesto el principio del *favor partitionis*. La aplicación de la indicada sanción encuentra su fundamento en que tal partición carece del elemento base que trata de ejecutar: no trae causa de ningún testamento con el que se corresponda (arg. *ex art.* 157 LDCG.). Por tanto, en tales supuestos, lo que procederá es la realización de una nueva partición⁸⁶¹.

⁸⁶¹ Sobre divergencia total de personas entre partición y testamento vid. la sentencia de 11 de marzo de 1950 (RJA. nº 377).

C) La preterición particional

El segundo caso de divergencia respecto de los elementos personales que hemos recogido, se caracteriza porque a uno de los que han sido instituidos como herederos en el testamento no se le atribuye ningún bien en la partición, ni tampoco se procede a la determinación indirecta de los bienes con que rellenar su cuota. El indicado supuesto viene regulado de modo específico por el artículo 1.080 del Código civil que resulta de aplicación al ámbito gallego (arg. ex art. 3 LDCG.) y que establece que “*la partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindiré a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*”. Como se observa en el precepto transcrito, en los casos en que, sin concurrir mala fe o dolo, uno de los herederos no recibe nada en la partición, ésta sigue siendo válida: se concede prevalencia a la partición divergente con imposición de una obligación de pago al preterido de la parte correspondiente⁸⁶².

A la vista del precepto transcrito y de los comentarios efectuados por los diversos autores, en principio parece que el precepto que comentamos está pensado más bien para los supuestos de partición contractual que para cualquier otra modalidad de partición⁸⁶³. Con todo, creemos que lo

⁸⁶² Anteriormente hemos trazado la línea divisoria entre los artículos 158.1 LDCG. y 1.080 Cc. en los siguientes términos: cuando en la partición un heredero recibe menos de lo que le correspondía de acuerdo con el acto dispositivo testamentario estamos ante un supuesto de lesión regulado por el artículo 158.1 LDCG. Sin embargo, si dicho heredero no recibe nada estaríamos ante un supuesto de preterición particional ex art. 1.080 Cc.

⁸⁶³ En el ámbito del Código civil es frecuente citar el artículo 1.080 Cc. como excepción al principio de unanimidad exigido en la partición por coherederos (cfr. art. 1.058 Cc.). Así lo conciben, entre otros, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 440) y SANCHO (“Partición de herencia”, cit., p. 566), y así lo ha puesto de relieve la DGRN. ya desde la resolución de 5 de septiembre de 1896 (JC. LXXX nº 53). Del Tribunal Supremo, vid., entre otras, la sentencia de 5 de diciembre de 1959 (RJA. nº 4.486) y también la de 15 de octubre de 1957 (RJA. nº 3.007) en la que se afirmaba que el artículo 1.080 Cc. “no comprende, según sus términos literales, preterición distinta de la hecha por los intervinientes

establecido en dicha norma puede ser aplicable a la figura de la partición conjunta, aun cuando dicha aplicación exija ciertas consideraciones que a continuación se realizan⁸⁶⁴.

En lo que a la partición conjunta atañe, el supuesto de hecho del artículo 1.080 Cc. vendría determinado por la institución por los cónyuges testadores de uno o más herederos en el testamento o testamentos de que la partición conjunta trae causa y la falta de adjudicación de bienes en la distribución particional⁸⁶⁵. Es decir, existiría una preterición únicamente en el ámbito particional –preterición que no es sino correlato de la preterición testamentaria aunque con diferentes efectos–⁸⁶⁶.

en la partición que son los únicos a quienes puede referirse el dolo o la mala fe determinantes de su nulidad” (el subrayado es nuestro).

⁸⁶⁴ Con ocasión de juzgar una partición por testador realizada de forma individual, la sentencia de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272) señaló expresamente, aunque a modo de *obiter dicta*, que el artículo 1.080 Cc. resulta aplicable a tal modalidad de partición. En el mismo sentido se pronuncia VALLET, “Comentarios al artículo 1.080 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 594. Lo anterior no empece para adelantar que, como veremos en el texto, la preterición no parece un supuesto corriente en una partición por testador –individual o conjunta–, ya que resulta poco probable que unos testadores instituyan a un heredero y luego se “olviden” de asignarle bienes en la distribución particional, en ocasiones efectuada en el mismo testamento.

⁸⁶⁵ Como indica SANCHO (“Partición de herencia”, cit., p. 615), el artículo 1.080 Cc. parece pensado para el “olvido” en la adjudicación.

⁸⁶⁶ Al tratarse de dos tipos de preterición diferentes, el legislador le concede efectos diferentes. La preterición testamentaria, que únicamente es tal con relación a los herederos forzosos (arg. *ex art.* 814 Cc.) lleva aparejada la reducción de la institución de heredero, la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial o la anulación de la institución de herederos, según los casos. En cambio, la preterición particional que afecta a cualquier heredero, ya sea forzoso o no, conlleva, en casos de dolo o mala fe, la rescindibilidad de la misma, y, de no existir ni dolo ni mala fe, el mantenimiento de la partición con obligación de pago al heredero preterido. En los supuestos en que la preterición testamentaria conlleve la anulación de la institución de herederos, la partición será nula (vid. sobre esta materia la excepción que postula VALLET, “Comentarios al artículo 1.080 Cc.”, cit., p. 598).

Así delimitado el supuesto de hecho en relación con la partición conjunta, se adivina ya que resulta más sencillo que aquél pueda tener lugar en los casos en que la partición es extratestamentaria: cuando se realiza “*en otro documento*” (art. 157.2 LDCG.). En efecto, no parece fácil concebir la preterición particional de un heredero instituido en un testamento si en el mismo instrumento se procede a la distribución concreta de los bienes. Siendo ello así, constituyen supuestos de preterición particional en la partición conjunta, entre otros, los siguientes: cuando los testadores otorgan un testamento instituyendo a unos herederos y realizan una partición extratestamentaria conforme a lo en él dispuesto y con posterioridad modifican el testamento incluyendo a otro heredero más sin que tal modificación tenga su reflejo en el plano particional; o cuando los cónyuges testadores otorgan un testamento instituyendo a varios herederos y posteriormente efectúan la partición “*en otro documento*” en la que no atribuyen nada a uno de aquellos por la razón que sea. En tales supuestos, nos encontramos con la preterición de un heredero que únicamente afecta a la adjudicación.

El heredero preterido en la partición, máxime si se trata de un legitimario, puede reclamar de los demás, conforme se dispone en el artículo 1.080 Cc., la parte que le corresponda sin que pueda impugnar la partición por tal “*olvido*”: “*éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda*”. En efecto, salvo que “*se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados*” la partición se mantiene —el legislador ha optado por mantener la partición si concurre buena fe a fin de evitar la realización de una nueva partición por las perturbaciones que ésta causaría—⁸⁶⁷. Ahora bien, dicho esto y para terminar de delimitar la posible aplicación del artículo 1.080 del Código civil a la partición conjunta, resulta conveniente resolver las siguientes cuestiones: por un lado, si, como

⁸⁶⁷ El Tribunal Supremo sitúa el artículo 1.080 Cc. en el ámbito del *favor partitionis*. Vid., en tal sentido, entre otras, las sentencias de 2 de julio de 1904 (JC. tomo XCVIII nº 129), de 13 de octubre de 1960 (RJA. nº 3.085) y la de 25 de febrero de 1969 (RJA. nº 999).

quedó dicho, el artículo 1.080 Cc. parece más pensado para los supuestos de partición contractual ¿quién o quiénes han de entenderse incluidos en “*los otros interesados*” en los que ha de concurrir buena fe en relación con la partición conjunta?; e igualmente ¿quiénes son “*éstos*” sobre los que recae la obligación de pago al preterido? Por otro lado, también han de determinarse los efectos de la rescindibilidad que el artículo 1.080 Cc. establece.

En lo atinente a la primera cuestión, la configuración de la partición conjunta parece indicar que en quienes ha de existir buena fe es en los cónyuges testadores, ya que éstos son, en último término, quienes elaboran la partición, y, por tanto, los responsables de la eventual preterición de un heredero⁸⁶⁸. Así, de no concurrir la buena fe –que, en un principio, se presume y cuya inexistencia ha de ser probada por el preterido⁸⁶⁹–, esto es, de probarse que ha existido dolo o mala fe en los testadores cabría solicitar la rescisión de la partición establecida por el artículo 1.080 Cc.⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ No sería un supuesto de preterición particional cuando los cónyuges testadores no efectúan la partición conjunta de sus herencias sino que únicamente se limitan a dictar unas “normas para la partición”, que no necesariamente han de referirse a todos los bienes ni a todos los herederos.

⁸⁶⁹ Cfr. la sentencia de 5 de octubre de 1898 (JC. tomo LXXXV nº 5).

⁸⁷⁰ La doctrina se ha planteado si para que se produzca el efecto establecido por el artículo 1.080 Cc. respecto de una partición por coherederos resulta suficiente que concurra mala fe únicamente en uno de los coherederos o si aquélla ha de concurrir en todos. SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 2123) y SANCHO (“Partición de herencia”, cit., p. 616), entre otros, estiman suficiente la concurrencia de la mala fe en uno de los herederos. Por otro lado, VALLET (“Comentarios al artículo 1.080 Cc.”, cit., p. 599), y DE LA CÁMARA (“Comentarios al artículo 1.080 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 2533) son de la opinión de que puede mantenerse la partición para los herederos no preteridos en los que concurra buena fe y rescindirse respecto de los que actuaron con dolo o mala fe (ambos autores proponen la aplicación analógica del artículo 1.077.3 Cc.). Trasladando la referida cuestión doctrinal a la partición conjunta, a nuestro modo de ver, el carácter conjunto de ésta conlleva que resulte suficiente que exista mala fe en uno de ellos para que se pueda pedir la rescisión.

Respecto de la determinación de sobre quiénes ha de recaer la obligación de pago al preterido, entendemos que, aún cuando la partición haya sido elaborada por los cónyuges testadores, el texto del precepto únicamente puede ser referible a los herederos destinatarios de los bienes. Si, según se ha dicho, la partición conjunta se ejecuta tras la muerte de los testadores, los herederos son los únicos sobre los que puede recaer, por efecto de la sucesión, la obligación de pagar al preterido la parte que le corresponda. Como señala el artículo 1.080 Cc. esta obligación de pago se extiende hasta la parte que “*proporcionalmente le corresponda*” al preterido en la partición, de acuerdo con las cuotas testamentarias de institución. Pago que se efectúa, como establece el precepto, “*proporcionalmente*”: cada uno de los herederos pagará lo que proporcionalmente le corresponda en el exceso que haya recibido en la partición hasta completar el total de lo que debe recibir el heredero preterido. La proporcionalidad, como se deduce, no se ha de referir a las cuotas de institución sino al exceso percibido. En efecto, resulta de todo punto posible que uno de los herederos haya recibido menos y haya “corregido” lo que le corresponde a través de una acción de suplemento de legítima⁸⁷¹.

Pero en fin, por lo que a la última cuestión planteada se refiere –la sanción de la rescisión de la partición en caso de existencia de dolo o mala fe–, entendemos que aun cuando sea la solución establecida por el legislador no resulta del todo correcta. En nuestra opinión, resultaría más adecuado que, en los casos en que se pruebe la mala fe o el dolo en “*los otros interesados*”, se declare la nulidad total de la partición y no su rescisión⁸⁷²; máxime si se tiene

⁸⁷¹ Respecto de la obligación de “pago” parece mayoritario en la doctrina entender que éste se refiere al cumplimiento de la prestación debida tal y como ella es y en lo que ella consiste: “en cosas, bienes o valores de la herencia (...) y de no ser posible (...) por el medio subsidiario de su equivalente en dinero” (SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., p. 2124).

⁸⁷² La sentencia de 17 de abril de 1943 (RJA. nº 418) distingue las acciones de nulidad y rescisión ya que aun cuando ambas están “presididas por la nota común de ser medios que tienden a la ineficacia del negocio jurídico, son inconfundibles”. Algunas de las diferencias que existen entre ellas son: “a) su distinto origen, en cuanto la nulidad parte de la carencia o vicio sustancial (...) de los requisitos esenciales del acto o contrato y la rescisión presupone que la relación jurídica que ha sido válidamente constituida; b) su distinta naturaleza puesto que la nulidad es acción principal y la rescisión es subsidiaria, sólo utilizable a falta de todo

en cuenta que, conforme a la opción establecida para los supuestos de rescisión en el artículo 1.077 Cc., sería posible mantener *in totum* la partición efectuada abonando al perjudicado la parte correspondiente⁸⁷³. De suceder así, se estaría manteniendo una partición en la que concurre dolo o mala fe. Al margen de ello, el establecimiento de la sanción de la rescisión y no de la nulidad para los supuestos que comentamos no parece que se deba a una confusión, ya que a la vista de los artículos 1.080 y 1.081 Cc. cabe colegir que el legislador diferencia ambas sanciones⁸⁷⁴. Por tal motivo, se puede pensar que si la finalidad que perseguía el legislador era afirmar la validez de la

otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (cfr. art. 1.294 Cc.); y c) los distintos efectos que producen ya que la nulidad invalida siempre el acto o contrato, mientras que la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado”.

⁸⁷³ Es casi unánime el sentir de la doctrina respecto de la inadecuación de la solución establecida por el artículo 1.080 Cc. Vid., entre otras, las opiniones de SANCHO (“Partición de herencia”, cit., p. 616), DE LA CÁMARA (“Comentarios al artículo 1.080 Cc.”, cit., p. 2529 y 2532), y ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 182) que son partidarios de la nulidad y no de la rescisión. Vid., también, la opinión de VALLET (“Comentarios al artículo 1.080 Cc.”, cit., p. 599).

⁸⁷⁴ A este respecto, DE LA CÁMARA (“Comentarios al artículo 1.080 Cc.”, cit., p. 2532), afirma que, habiéndose de aceptar la sanción de la rescisión por estar así establecida por el artículo 1.080 Cc., la acción de rescisión derivada del mismo no sería una acción rescisoria normal. Las peculiaridades de ésta consistirían: de un lado, en que el plazo no comenzaría a contar desde el momento en que se realizó la partición (cfr. art. 1.076 Cc.) sino desde el momento en que el perjudicado conoció la preterición; y, de otro, en que tampoco sería de aplicación lo establecido en el artículo 1.077 Cc. de tal forma que el preterido podría exigir la realización de una nueva partición, salvo que prefiriese ser indemnizado. Dicho precepto, como es conocido, concede a los demandados la posibilidad de optar entre “*indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición*”. Esta opción habrá de efectuarse de común acuerdo, y decaerá en aquellos casos en que no sea posible reparar el daño a través de la indemnización –cuando no sea posible determinar con claridad la cuantía de la lesión–, o no sea posible la realización de una nueva partición por no conservarse los bienes adjudicados, por ejemplo (vid., a este respecto, la sentencias de 19 de mayo de 1945 –RJA. n° 586– y la de 26 de noviembre de 2002 –RJA. n° 9.518–). Si, siendo posible, se opta por la indemnización, ésta “*puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio*”. Y “*si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo*”.

partición en los casos de preterición no acertó a utilizar los términos adecuados, esto es, declarando únicamente que la partición es rescindible cuando exista dolo o mala fe.

En atención a lo expuesto, cabe terminar el presente epígrafe concluyendo que aun cuando parece poco probable, es posible que en la partición conjunta –unitaria o con objeto separado– exista preterición particional de un heredero, especialmente cuando de partición extratestamentaria se trata; que, a salvo la existencia de dolo o mala fe, la partición será válida y el heredero preterido puede exigir de los demás coherederos que le paguen la parte proporcional que le corresponda; y que, aun cuando el artículo 1.080 Cc. sanciona con la rescisión la concurrencia de dolo o mala fe, parecería más adecuado para tales casos declarar la nulidad total de la partición, a pesar de la existencia del principio de *favor partitionis*.

D) La inclusión en la partición de una persona que no es heredero

Este tercer supuesto posible de divergencia en cuanto a los elementos personales entre la partición y el acto dispositivo testamentario, caracterizado porque en la partición se incluye a una persona que resulta no ser heredero, viene también regulado por un precepto específico del Código civil: el artículo 1.081. La citada norma establece que “*la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*”⁸⁷⁵.

Pues bien, a la vista del texto del precepto y al igual que sucedía en el supuesto comentado en el epígrafe anterior, el citado artículo parece que también se refiere primariamente a la partición efectuada por los mismos

⁸⁷⁵ El artículo 1.081 Cc. constituye el único supuesto específico de nulidad de la partición regulado por el Código civil. Lo que no obsta para defender que existan otros en que se haya de reconocer la misma sanción. Siendo ello así, la sanción contenida en el artículo 1.081 Cc. no ha de entenderse inadecuada en relación con los artículos de la Sección en que se encuentra si se considera que la referencia que el artículo 1.073 Cc. realiza a la rescisión está hecha en un sentido lato, esto es, como sinónimo de ineficacia. De lo contrario, habrá de admitirse que en dicha Sección se “deslizó” un precepto donde específicamente se establece la sanción de la nulidad (cfr. nota nº 787).

coherederos, como evidencian algunos de los términos del mismo: “*la partición hecha con uno...*”. En efecto, el texto transcrito resulta de difícil encaje en una partición conjunta ya que quienes llevan a cabo dicha modalidad de partición son los mismos cónyuges testadores, sin que la posible intervención de los herederos al objeto de prestar su conformidad –si de partición extratestamentaria se trata– altere, en modo alguno, el poder de disposición de aquellos: los que verdaderamente realizan la partición son los cónyuges. Por ello no resulta sencillo que éstos la realicen “*con uno a quien se creyó heredero*”.

Las dificultades gramaticales que el artículo 1.081 Cc. presenta para su aplicación a una partición conjunta no constituyen un obstáculo insalvable, a nuestro modo de ver, para que la presente norma también sea de aplicación a tales supuestos⁸⁷⁶. Así, aun cuando los cónyuges no efectúen en sentido estricto la partición “*con uno a quien se creyó heredero*”, el precepto indicado podría ser aplicable, en principio, a los casos en que los cónyuges incluyen en la partición a uno a quien creen heredero sin que lo sea⁸⁷⁷. Ello podría suceder, por ejemplo, cuando unos cónyuges, por ignorancia, incluyen en la partición a una persona no instituida heredero pensando que con tal inclusión resulta suficiente para que pueda heredar –es decir, por ignorancia atribuyen virtualidad dispositiva a la partición–. Como se ve, en tal caso existe una

⁸⁷⁶ En la doctrina, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 181) entiende aplicable el precepto que comentamos a todo tipo de particiones aun cuando entre los ejemplos a que se refiere no se refiere expresamente la partición por testador.

⁸⁷⁷ Una de las principales dificultades que presenta la aplicación del artículo 1.081 Cc. a la partición conjunta hace referencia a la “*creencia de ser heredero*”: no resulta sencillo que los testadores, que han instituido a los herederos a su voluntad, elaboren con posterioridad una partición incluyendo a uno a quien “*creyeron*” heredero. Sin embargo, sí podríamos encontrarlos en dicho supuesto cuando la institución de herederos no se realiza nominalmente sino de forma colectiva: “los hijos”; o por remisión: “los que indique la ley”. Si, en cambio, la atribución particional de bienes se efectúa nominalmente en el testamento, al poder encerrar las cláusulas particionales la verdadera voluntad de institución de los cónyuges, de ello cabría colegir la voluntad de institución de los destinatarios de los mismos, con lo que quizá ya no estaríamos ante el supuesto del artículo 1.081 Cc. –“*heredero a quien se creyó serlo*”–.

partición divergente respecto de un testamento ya que en aquélla se incluye a una persona a quien se cree heredero y que en realidad no lo es. Junto con ello y a la vista de lo expuesto, se advierte también que dada la naturaleza y las características de la partición conjunta, los casos en que puede resultar de aplicación el artículo 1.081 Cc. son muy poco frecuentes en la práctica.

Así las cosas, en el supuesto mencionado, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1.081 Cc., la partición será declarada nula: no se le concede eficacia a la partición discordante⁸⁷⁸. De todos modos, para que sea posible aplicar la sanción que el artículo en cuestión establece habrán de cumplirse los dos requisitos que dicho precepto exige: la creencia de ser heredero –“*a quien se creyó heredero*”– que ha de concurrir en los cónyuges testadores⁸⁷⁹; y la ausencia efectiva de la cualidad de heredero –“*sin serlo*”– lo que ha de probarse por medios eficaces –en ocasiones, resulta suficiente la lectura del testamento–. Si tales requisitos concurren, en principio la sanción prevista por el artículo 1.081 Cc. es la nulidad de la partición.

Siendo ello así, la mayoría de la doctrina ha defendido una interpretación más flexible de dicha nulidad en aplicación del principio del *favor partitionis*: no decretar la nulidad total de la partición sino la nulidad relativa de la misma, que resulta una sanción adecuada para cumplir la finalidad en atención a la cual se dictó el artículo 1.081 Cc. En otros términos: a la vista de los trastornos que puede causar la realización de una nueva partición, parece mejor solución la declaración de nulidad de la partición únicamente en cuanto afecte al heredero que no tenía tal cualidad. De este modo, el resto de la

⁸⁷⁸ La naturaleza *mortis causa* de la partición conjunta impone que el artículo 1.081 Cc. y la sanción de nulidad que en él se establece sólo se puedan predicar de dicha modalidad de partición cuando se haya ejecutado.

⁸⁷⁹ Como indica VALLET (“Comentarios al artículo 1.081 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 615) –pensando fundamentalmente en una partición contractual–, en el artículo 1.081 Cc. no se incluye el caso de que “no se le creyese heredero, sino que se dudase de que lo fuera o bien si se sabía que no lo era pero, no obstante, se le estimaba como tal, por razones morales o de afecto familiar”.

partición quedará subsistente y sólo se habrá de proceder al reparto de los bienes que le fueron atribuidos al heredero que no era tal⁸⁸⁰. Junto con ello, también se aduce que tal interpretación es acorde con el artículo 1.081 Cc. ya que éste no indica que deba realizarse una nueva partición, sino que únicamente se refiere a que se habrá de declarar la nulidad de la misma, sin especificar si dicha nulidad ha de ser total o parcial⁸⁸¹. A lo que creemos, la opinión doctrinal expuesta resulta bastante apropiada para cumplir la finalidad pretendida por el artículo 1.081 Cc. causando además menores perturbaciones al resto de los herederos⁸⁸².

E) Divergencia parcial

Examinados los supuestos de divergencia total en cuanto a los elementos personales entre partición y testamento cuya sanción era, según se recordará,

⁸⁸⁰ Respecto del tipo de acción que haya de ejercitarse, del artículo 1.081 Cc. se colige que será de nulidad, y, por tanto, no tendría plazo. Opinan así, entre otros, DE LA CÁMARA (“Comentarios al artículo 1.081 Cc.”, cit., p. 2536) y PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, cit., p. 489), quienes fundamentan su opinión en que la partición es un negocio en el que la cualidad de heredero es la causa decisiva de su otorgamiento. Con todo, la ausencia de tecnicismo en el Código civil ha llevado a algún autor a defender que la acción *ex art.* 1.081 Cc. es de anulabilidad –el plazo para el ejercicio de la acción sería entonces de cuatro años (cfr. art. 1.301.4 Cc. por analogía)– al asimilar tal supuesto al del error en la persona (cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XVIII, cit., p. 866).

⁸⁸¹ A este respecto, vid. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, cit., p. 778. En contra, SÁNCHEZ ROMÁN (*Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. III, cit., pp. 2105-2107) y ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, tomo V, cit., p. 182) consideran que la sanción aplicable *ex art.* 1.081 Cc. es la nulidad radical y total de la partición; nulidad en sí y no sólo frente al no heredero.

⁸⁸² Según MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, tomo XVIII, cit., pp. 865-866) no resultaría de aplicación el principio *favor partitionis*, pudiendo impugnarse la partición en su totalidad –se refiere a una partición contractual–, si ésta se efectuó concediendo gran importancia a las circunstancias personales del heredero falso, por cuanto que la declaración de que un heredero es falso supone un trastorno efectivo en las bases conforme a las cuales se realizó la partición.

la nulidad de aquélla, los de preterición particional de un heredero sancionada con la rescisión de la partición en caso de dolo o mala fe (cfr. art. 1.080 Cc.) y los de inclusión de un heredero aparente en cuyo caso la partición resulta nula (cfr. art. 1.081 Cc.), para terminar el presente estudio sólo queda señalar la posibilidad de existencia de divergencia parcial entre la partición y el testamento cuyo supuesto de hecho resulta casi un supuesto académico.

Siendo ello así, los casos en que pueda existir divergencia parcial entre los herederos instituidos en el testamento y los establecidos en la partición extratestamentaria conjunta –por ejemplo, cuando los cónyuges instituyan a ocho herederos y omitan dos en la partición– habrán de resolverse, a nuestro modo de ver, teniendo en cuenta el principio de *favor partitionis* y las soluciones establecidas en los artículos 1.080 y 1.081 Cc., siendo entonces de aplicación lo señalado anteriormente. Así pues, los supuestos de divergencia parcial se resolverán de acuerdo con lo expuesto respecto de la preterición – los herederos habrán de pagar la parte que al preterido le corresponda en la partición, que únicamente se rescindirá si hubo dolo o mala fe– o de la inclusión particional de un heredero aparente, en cuyo caso la partición habrá de declararse nula, ya sea total o parcialmente.

CONCLUSIONES

1-. La partija conjunta constituye una de las principales novedades de la Ley de Derecho Civil de Galicia, a la que se dedican únicamente los artículos 157 y 158. Esta regulación resulta insuficiente para resolver los problemas que esta figura origina y no está exenta de dificultades de integración e interpretación. Para completar la normativa referible a la partición conjunta, y ante la inexistencia de costumbres relativas a la misma (cfr. art. 3 LDCG.), es preciso acudir –de modo reiterado, a la vista de la parquedad de su regulación en la LDCG.– a lo establecido en materia de partición en el Código civil – cuerpo legal que no recoge tal modalidad de partición pero en el que tiene cabida al no contravenir ningún precepto en materia sucesoria– y a la jurisprudencia que lo interpreta.

2-. La partija conjunta tiene las características generales propias que cabe reconocer a cualquier clase de partición de herencia: acto jurídico patrimonial de carácter accesorio por el que se distribuyen los bienes hereditarios entre los instituidos a título universal (art. 660 Cc.) en virtud de un acto dispositivo – negocio principal del que depende–. A diferencia de lo que ocurre en las demás modalidades de partición, la efectuada de modo conjunto por los cónyuges no pone fin a la comunidad hereditaria sino que impide su surgimiento, al estar ya delimitados los bienes que le corresponderán a los herederos, y puede contener algunas excepciones en el modo de efectuar las operaciones particionales típicas (cfr. art. 786 de la LEC.): los cónyuges pueden obviar el avalúo expreso de los bienes o realizarlo asignando los valores que consideren oportunos, es posible que relacionen los bienes sin señalar exhaustivamente todos sus datos identificativos, o pueden hacer la distribución de aquellos desatendiendo la regla a que se refiere el artículo 1.061 Cc.

3-. En lo que atañe a la *naturaleza sustantiva*, a la partición conjunta se le ha de reconocer naturaleza *determinativa*: concreta en bienes específicos las cuotas de los herederos. Respecto de la *naturaleza formal o negocial*, la partición conjunta constituye un negocio jurídico de distribución que, necesariamente, ha de traer causa de un acto dispositivo testamentario. Junto con este requisito indispensable, para que la partición efectuada por los

testadores se pueda calificar como conjunta ha de contenerse en un mismo documento –*conjuntividad formal*– y ha de ser fruto de un acuerdo en lo particional –*conjuntividad sustantiva*– (cfr. art. 157.2 LDCG.), con independencia del régimen económico que rijan el matrimonio y de que tanto los bienes como los herederos sean comunes o no a ambos cónyuges. Además de estas dos dimensiones de la conjuntividad, existe una tercera –*conjuntividad respecto del objeto*– que puede concurrir o no, dando lugar, entonces, a dos modalidades diversas de partición conjunta: la partija con objeto unitario y la partija con objeto separado. Cualquiera de estas modalidades reúne también otras características propias de la partición conjunta: negocio jurídico formal de carácter *mortis causa* y de última voluntad –por tanto, en principio, esencialmente revocable (arg. ex art. 737 Cc.)–.

4-. A pesar de los posibles inconvenientes que se le podrían achacar a la partición conjunta, resulta recomendable este modo de realizar la partija, pues, a través de ella, se resuelven algunos problemas que también se plantean en otras clases de partición, a los que no se consigue dar una solución adecuada: se evita la atomización de los bienes y las disensiones familiares; permite tener más en cuenta las necesidades y aptitudes de cada heredero, así como la valoración extrapatrimonial de los bienes; facilita conocer de modo fidedigno la voluntad de los testadores; y, a través de ella, cabe sortear algunas dificultades que el régimen de sociedad de gananciales puede plantear respecto de la partición por testador efectuada de modo individual. Además, los posibles inconvenientes de la partición conjunta son superables a través de diversas fórmulas: realizando una partición adicional (cfr. art. 1.079 Cc.) o una distribución alternativa de los bienes, efectuando una tasación de los mismos, declarando rescindible por lesión la partición (arg. ex art. 157.1 LDCG y 1.075 Cc.) o a través del uso de cláusulas correspectivas (arg. ex arts. 138 y ss LDCG), entre otras.

5-. Siendo la ley, el testamento o el pacto sucesorio los únicos instrumentos que pueden otorgar la cualidad de heredero, la partición no constituye un título hábil a tal efecto (arg. ex art. 117 LDCG y 609 Cc.): resulta imprescindible que exista un acto dispositivo que otorgue tal cualidad a los

sujetos entre quienes la partición distribuirá el haber hereditario. Dicho acto, por disposición de la LDCG., y ratificado de modo unánime por la jurisprudencia, ha de ser inexcusablemente testamentario (cfr. arts. 157 y ss. LDCG.), con independencia de su modalidad, y ha de gozar de validez, ya que, de lo contrario, la partición sería nula en virtud del principio de accesoriedad que la informa. Esta dependencia de la partición respecto del acto dispositivo testamentario no ha de darse necesariamente en el orden temporal: la accesoriedad no es incompatible con el hecho de otorgarse el testamento con posterioridad a la partición. Así las cosas, la LDCG. cierra el paso a la posibilidad de que unos cónyuges realicen, sin que exista testamento, la partición de sus bienes con sujeción a las normas de la sucesión intestada o de un pacto sucesorio.

6-. Para realizar la partición conjunta, la LDCG. exige expresamente que los partidores sean cónyuges en el momento de efectuarla y hayan otorgado un testamento mancomunado o dos testamentos individuales (cfr. art. 157 y concordantes de la LDCG). Además, de la citada Ley se infiere que han de tener la vecindad civil gallega (cfr. art. 3 LDCG.) y la capacidad necesaria para partir, que no es otra sino la capacidad necesaria para testar (cfr. art. 662 y ss. Cc.). Si, concurriendo tales requisitos, se realiza una partición conjunta y posteriormente se produce la separación o el divorcio, la partición, que conserva su validez, habrá de modificarse para adecuarse a las cuotas de institución que el Código civil impone para tales supuestos (cfr. arts. 834 y ss. Cc.); de lo contrario no desplegará toda su eficacia. Si se declara la nulidad del matrimonio, habrá de atenderse al momento de dicha declaración: si es anterior al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges la partija no habrá producido efectos sucesorios que conforme al artículo 79 Cc. se puedan conservar; si es posterior, sólo se conservarán los efectos de la partición para el cónyuge supérstite en caso de que en él concurra buena fe.

De otra parte, el artículo 9.8 Cc., ratificado por el principio de accesoriedad y el de “*quien puede lo más puede lo menos*”, permite que la partija conjunta efectuada en un testamento mancomunado o fuera de él por dos cónyuges que tenían vecindad civil gallega en el momento de realizarla,

mantenga su eficacia si posteriormente uno o ambos cambian su vecindad civil por otra que no admita dicha modalidad de partición.

7-. En la partición conjunta los únicos elementos personales esenciales son los cónyuges. Los herederos pueden tener cierta intervención en ella, que, al no ser en concepto de parte, no modifica la naturaleza del negocio particional. En concreto, tratándose de partición testamentaria, su participación es meramente externa. Tratándose de partición realizada fuera de testamento, la posible intervención de los herederos se reduce a prestar su asentimiento, que no resulta vinculante para los testadores, pero puede servir como garantía de una correcta ejecución de la partición. Junto con ello, la partición conjunta no puede efectuarse por medio de un representante, en atención a que esta modalidad de partición es un acto personalísimo de los testadores en vida de éstos.

8-. Tomando apoyo en el contenido de la herencia, comprensiva de todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante que no se extingan a su muerte (cfr. art. 659 Cc.) y de la que se excluyen los derechos que surgen tras la muerte y los que tienen un destino predeterminado por la ley, se hace necesario delimitar los bienes que conforman el haber partible de los testadores a efectos de incluirlos en la distribución que efectúen. En particular, el haber partible vendrá constituido por todos los bienes hereditarios de los cónyuges excepto los que hayan sido objeto de disposición a título singular (cfr. art. 660 Cc. y, *ad ex.*, art. 882 Cc.), el *ius delationis* (cfr. art. 1.006 Cc.), las titularidades pasivas y los bienes reservables en cuanto a los no reservatarios (cfr. arts. 811 y 968 Cc.). En dicho ámbito los cónyuges testadores podrán, en virtud de su condición de titulares de relaciones jurídicas, disponer y partir a su voluntad, dentro de los límites establecidos por la ley.

9-. En la partición conjunta unitaria, los cónyuges acuerdan, en un mismo documento, el modo de distribuir los bienes de ambos, haciendo una masa común con ellos, con independencia de su origen. Actúan –salvo que introduzcan cláusulas correspectivas– *ex uno latere*, apareciéndose tal distribución frente a los herederos como una única manifestación de voluntad

que aúna la de ambos. Para su elaboración no resulta necesario efectuar la determinación de haberes en que consiste la liquidación del régimen económico-matrimonial –el legislador pensaba en el régimen de gananciales cuando reguló esta partición conjunta unitaria–, pues los cónyuges forman una masa común con los bienes que luego distribuyen entre los herederos. La plena eficacia de esta modalidad de partición conjunta se produce si se mantiene invariada hasta el fallecimiento del supérstite. Su revocación puede realizarse por los mismos cauces formales que para su elaboración, produce la ineficacia total de la partición, y puede llevarse a cabo en vida de ambos cónyuges, conjunta o unilateralmente –en este último caso ha de exigirse notificación para su eficacia–, y unilateralmente tras el fallecimiento de uno de ellos. Por lo expuesto, únicamente parece oportuno acudir a esta modalidad de partición conjunta cuando exista un alto grado de confianza entre los cónyuges, y, a efectos de garantizar su eficacia, conviene completarla con las siguientes estipulaciones: prohibición de ejecutar la partición hasta la muerte del supérstite, establecimiento recíproco del usufructo universal de viudedad entre los cónyuges, y aplazamiento de pago de la legítima de los herederos.

10- En la partición con objeto separado los cónyuges organizan de forma diferenciada la sucesión: no hacen una masa común con los bienes. Existen, entonces, dos distribuciones de bienes en un mismo documento que pueden ser totalmente independientes o tener cierta coordinación. Para realizar tal distribución es preciso proceder a la determinación de los haberes en que consiste la liquidación de la sociedad, de modo que cada cónyuge sepa los bienes que le corresponden a su haber, pudiendo incluirlos, entonces, en la partición. En vida de ambos, los cónyuges pueden efectuar una “liquidación provisional” de la sociedad con efectos desde luego a la muerte del primero que fallezca, con el fin de determinar de modo previo los bienes que le corresponderán a cada uno al término de la sociedad, y así salvar la imposibilidad de realizar la liquidación y subsiguiente partición cuando la sociedad se disuelva por la muerte de uno de ellos (cfr. art. 1.392 Cc. en relación con el art. 85 Cc.).

Cada una de las dos distribuciones de bienes puede ser revocada por su autor en cualquier momento –a salvo existencia de cláusulas correspectivas–:

en vida de ambos –individual o conjuntamente–, o, individualmente, si ha fallecido uno de ellos. Tal revocación –para cuya validez y eficacia no se exige notificación al otro cónyuge, aun cuando ello sea conveniente en casos de revocación unilateral–, no afecta –a salvo la existencia de cláusulas recíprocamente condicionadas– a la validez ni a la eficacia de la partición no revocada ni a la de la liquidación.

11- Algunos problemas que presenta la partición conjunta pueden encontrar adecuada solución a través de la introducción de corresponsividad en las atribuciones particionales. Ello supone hacer depender la eficacia de una atribución particional a la del otro otorgante, dando entrada, así, a ciertos tintes de bilateralidad en la partición.

La regulación aplicable a las cláusulas particionales corresponsivas ha de extraerse de las únicas normas que hacen referencia a la corresponsividad en la LDCG. (arts. 139 y 140) relativos al testamento mancomunado. De ellas se colige que la corresponsividad conlleva, por disposición legal, una limitación a la libre revocabilidad propia de los actos de última voluntad, cuya manifestación palmaria estriba en que, una vez fallecido uno de los otorgantes, el otro no puede modificar las cláusulas que tengan carácter corresponsivo. En vida de ambos cónyuges, la revocación puede realizarse de modo conjunto o individualmente. En este último caso, la revocación, que no ha de instrumentarse inexcusablemente a través de testamento abierto notarial (art. 139.2 LDCG.), habrá de ser notificada al otro cónyuge para que resulte eficaz. En cualquiera de los supuestos señalados, la revocación de una atribución particional corresponsiva conlleva la ineficacia total de las recíprocamente condicionadas con ella (arg. *ex art.* 139 LDCG.). *De lege ferenda* se propone la introducción de cierto carácter dispositivo en dicha normativa, de modo que los cónyuges puedan determinar la sanción aplicable a su revocación, admitiendo, por ejemplo, la pérdida de la corresponsividad, manteniendo la eficacia originaria de la atribución.

12- Los cónyuges que efectúan la partición conjunta pueden decidir que en la misma no se incluya la totalidad de los bienes de sus herencias, sino únicamente a una parte de ellos: que sea una partición parcial (cfr. art. 1.079

Cc.). En tal caso –la omisión de bienes es voluntaria–, la distribución de los restantes se realizará a través de otras formas de partición. Si la omisión es involuntaria los nuevos bienes que aparezcan en vida de ambos podrán distribuirse a través de una partición conjunta adicional; si aparecen tras su muerte, se hará a través de otras modalidades de partición. En todo caso, las posibles divisiones parciales de bienes de una herencia tienen carácter complementario: están unidas por el fin superior al que tienden que es partir la herencia.

13- A pesar de que la novedosa facultad de satisfacer el haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias con bienes de un solo causante, resulta de aplicación a cualquier modalidad de partición conjunta (arg. *ex art.* 158.2 LDCG.), sólo parece tener pleno sentido en la partición unitaria. Dicha facultad –aplicable tanto a herederos voluntarios como a legatarios de parte alícuota– permite atribuir el haber cualquiera de ellos con bienes comunes o exclusivos de uno u otro cónyuge. Este último caso podría suponer un aplazamiento de pago de la legítima hasta el fallecimiento del supérstite, por lo que la aplicación del artículo 158.2 LDCG. conlleva, en nuestra opinión, el ejercicio –si es el caso– de la acción de suplemento de legítima (art. 815 Cc.) para recuperar lo que se haya recibido de menos, y un acuerdo de “reparto” de las deudas, tras el que cualquier heredero puede ejercitar la acción de regreso *ex art.* 1.085 Cc. por lo que hubiese pagado de más. De otra parte, la facultad del artículo 158.2 LDCG. solventa el problema que se pudiera derivar de la eventual realización de la liquidación de la sociedad de gananciales, a efectos de ejecutar una partición unitaria, en modo incompatible a la distribución prevista por los cónyuges en aquélla.

14- La inexistencia de una normativa específica que recoja las causas de impugnación de la partición de herencia –y de la partición conjunta, en especial–, así como de los actos y negocios jurídicos en general, obliga a recurrir a las normas relativas a los contratos para determinar los supuestos en que se puede impugnar una partición. De acuerdo con ello, cabe declarar la nulidad de una partición conjunta: en el supuesto específico contenido en el artículo 1.081 del Código civil; cuando carezca de presupuesto –existencia de

un acto dispositivo testamentario—; cuando falte algún elemento esencial de la misma —ausencia de matrimonio, de conjuntividad formal, de pluralidad de otorgantes, de consentimiento, de vecindad civil gallega, o que sea ilícita la causa—; y cuando contradiga las normas imperativas de la LDCG. o del Código civil. Por otra parte, la partición es anulable cuando en el negocio particional concurre alguno de los vicios que afectan a la voluntad: error, violencia, intimidación o dolo.

Ello expuesto, en este ámbito ha de tenerse en cuenta el principio de *favor partitionis* ya que puede atenuar las consecuencias derivadas de algunas causas de impugnación de la partición. Este principio, derivado de las normas del Código civil (arts 1.056, 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 Cc.), conceptualizado por la jurisprudencia, y cuya influencia también se aprecia en algunos artículos de la LDCG (*ad ex.* 157.3 y 158.1), postula que, en la medida de lo posible, habrá de estarse por la validez de la partición. Tal principio, asimismo, goza de fuerza suficiente para justificar y fundamentar soluciones jurídicas en casos diversos de los recogidos en los preceptos citados.

15-. La partición conjunta ha de sujetarse necesariamente al acto dispositivo del que trae causa. Con todo, la dificultad de diferenciar lo dispositivo de lo particional y de que exista una exactísima correlación entre ambos planos, puede originar divergencias. Si éstas tienen lugar entre un acto dispositivo testamentario y una partición testamentaria estaremos ante una cuestión de interpretación de voluntad que habrá de resolverse conforme a lo establecido en el artículo 675 Cc. Si tales divergencias se refieren a una partición conjunta extratestamentaria cabe reconocer a los testadores cierto margen de libertad en la partición, suavizando el principio general de correlación señalado, sin que, en modo alguno, tal libertad implique divergencias sustanciales: de suceder así, la partición carecería de base de la que deriva y trae causa y resultaría nula.

Respecto de los objetos, hay divergencia cuando una partición conjunta extratestamentaria altera el montante de las cuotas de institución contenidas en el testamento. En tal caso, los artículos 157.3 y 158.1 LDCG. —de difícil

integración al regular de forma diversa supuestos parcialmente similares—conceden prevalencia a las divergencias valorativas de la partición respecto del testamento. Sanción que no tiene carácter absoluto sino que se encuentra sujeta al límite derivado del principio de buena fe que impide una valoración totalmente arbitraria de los bienes, y, eventualmente, al resultante de la voluntad de los cónyuges, quienes pueden señalar que la partición por ellos efectuada pueda ser impugnada por lesión (cfr. arts. 1.074 y 1.075 Cc. y 158.1 LDCG.). Esta voluntad ha de señalarse expresamente o de modo tácito —p. ej., indicando que buscan “la absoluta igualdad de los herederos” o fijando de modo expreso las cuotas de disposición—.

En el ámbito personal, la divergencia entre la partición conjunta y el acto dispositivo testamentario puede tener lugar en los siguientes supuestos. Primero: cuando en la partición se distribuyen bienes entre unas personas que difieren totalmente de las instituidas en el testamento. La partición se aparta del testamento en cuanto a su esencia vocativa, y, por tanto, resulta nula. Segundo: cuando a un heredero instituido en el testamento no se le atribuyen bienes en la partición. En tal caso se concede prevalencia a la partición divergente si los herederos pagan al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda y si no hubo dolo o mala fe en los testadores —su concurrencia ha de sancionarse, a nuestro modo de ver, con la nulidad de la partición y no con la rescisión *ex art. 1.080 Cc.*—. Tercero: cuando en la partición se incluyó a uno a quien se creía heredero sin serlo. La partición, en tales casos, habrá de declararse nula *ex art. 1.081 Cc.*, aun cuando, por aplicación del principio del *favor partitionis*, resultaría más adecuado declarar solamente la nulidad parcial de la partición, en lo que afecte al heredero que no tenía tal cualidad, y no la nulidad total de la misma. Y cuarto: cuando hay divergencia parcial entre los instituidos en el testamento y los incluidos en la partición. Tal supuesto se resolverá conforme a lo señalado por los artículos 1.080 y 1.081 Cc.

BIBLIOGRAFÍA

ABASCAL MONEDERO, Pablo José.

- “La liquidación del régimen económico-matrimonial como operación previa a la partición de la herencia”, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 2002, pp. 409-430.

ALBA PUENTE, Fernando.

- “Comentarios a los artículos 157.1, 157.2, 157.3, 158.1 y 158.2 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por Sánchez Mera, Cora Guerreiro, Amigo Vázquez y Ordóñez Armán, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 229-249.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel.

- “Dos aspectos de la partición hecha por el testador”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo I-III, julio-septiembre, 1948, pp. 923-980.

- “La sucesión *iure transmissionis*”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo V-III, julio-septiembre, 1952, pp. 912-971.

- “Sólo el testador puede partir su herencia”, *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo II, Universidad de Oviedo, diciembre, 1954, pp. 45-58.

- *Sustituciones hereditarias*, Gráficas Summa, Oviedo, 1956.

- *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.

- “Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre, 1978, pp. 737-749.

- “Comentarios a los artículos 774, 775, 776 y 781 a 784 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo X, volumen II: artículos 774 a 805, Edersa, Madrid, 1984, pp. 5-119 y 142-377.

- “Comentarios a los artículos 662 a 666, 667 y 669 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen I-A: artículos 657 a 693, Edersa, Madrid, 1990, pp. 66-102 y 103-113.

- “Comentarios a los artículos 775 y 776 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 1901-1909.

- “¿Cuándo y entre quiénes parte el contador?”, en VVAA., *Estudios in memoriam del Prof. Manuel Iglesias Cubria*, tomo I, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1994, pp. 57-65.

- *Curso de Derecho civil*, tomo IV: Derecho de familia, 9ª edición, Bosch, Barcelona, 2002.

- *Curso de Derecho civil*, tomo V: Derecho de sucesiones, 8ª edición, Edisofer, Barcelona, 2004.

ALBALADEJO, Manuel y DIAZ-ALABART, Silvia.

- “Comentarios al artículo 1.057 Cc., párrafo primero”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XIV, volumen II: artículos 1.035 a 1.087, Edersa, Madrid, 1989, pp. 170-301.

ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Jöchen.

- *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs, Barcelona, 1998.

ALONSO VISO, Roberto.

- "Comentarios al artículo 163 LDCG.", en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz-Alabart, tomo XXXII, volumen II: artículos 100 al final de la LDCG., Edersa, Madrid, 1997, pp. 1312-1326.

- "El testamento mancomunado en el Derecho Gallego", *Revista Xurídica Galega*, nº 14, 3º cuatrimestre, 1996, pp. 15-35.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan.

- "El crédito de participación", *Revista de Derecho Notarial*, nº 127, enero-marzo, 1985, pp. 7-54.

ARMERO DELGADO, Mario.

- *Testamentos y particiones*, tomo I, Reus, Madrid, 1951.

ÁLVAREZ LATA, Natalia.

- VVAA., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, A Coruña, 1999.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco.

- "La integración del Derecho Autonómico y la aplicación supletoria del Derecho Estatal", *Revista de Administración Pública*, nº 124, enero-abril, 1991, pp. 95-147.

BALLESTER GINER, Eladio.

- *Régimen de participación*, Valencia, 1980.

BALZA AGUILERA, Javier y DE PABLO CONTRERAS, Pedro.

- "El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 55, julio-septiembre, 1987, pp. 381-436.

BÁRCENAS SIMARRO, Emiliano.

- *Particiones hereditarias extrajudiciales, testamentarias y abintestatos y formularios sobre herencias*, tomo I: Técnica general de la partición, Estudios Jurídicos Prácticos, Madrid, 1978.

BAS Y RIVAS, Federico.

- “La renuncia a los efectos de la sociedad legal de gananciales, a la propia sociedad y a su subsistencia”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXIII, nº 391, octubre, 1949, pp. 844-863.

BAYOD LÓPEZ, Carmen.

- “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés”, en VVAA., *Actas de los octavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 37-130.

BELLO JANEIRO, Domingo.

- *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, 2001.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena.

- “La corresponsividad del testamento mancomunado: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho civil Aragonés*, tomo III, nº 1, 1997, pp. 85-105.

BELOTTI, Bortolo.

- *La divisione dell'ascendente*, CEDAM, Casa editrice Dott. A. Milani, Padova, 1933.

BERMEJO PUMAR, María Mercedes.

- “Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en VVAA., *Libro-homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1233-1282.

BERNALDO DE QUIRÓS.

- voz “Derecho supletorio”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XI, Barcelona, 1910, pp. 309 a 311.

BINDER, Julius.

- *Derecho de sucesiones*, trad. de Lacruz Berdejo, Labor, Barcelona, 1953.

BLANQUER UBEROS, Roberto.

- “El proyecto de ley de arrendamientos urbanos. Comentarios y observaciones”, *La Ley*, 1994-2, pp. 987-1005.

BOLÁS ALFONSO, Juan.

- “La partición por el contador partidor. Cuestiones prácticas”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 28, octubre-diciembre, 1998, pp. 9-50.

La partición conjunta en el Derecho gallego

BONET, F.

- “Comentario a la sentencia de 6 de marzo de 1945”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXIX, nº 340-341, julio-agosto, 1945, pp. 447-451.

BONET RAMÓN, Francisco.

- *Derecho Civil Común y Foral*, tomo II: Derecho de familia y sucesiones, Reus, Madrid, 1940.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio.

- “Comentarios al artículo 1.326 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 603-604.

CAMINERO, E. G.

- *Tratado teórico-práctico sobre partición de herencia, tutela, protutela y consejo de familia*, 2ª y 3ª edición, Reus, Madrid, 1899 y 1927, respectivamente.

CAMPUZANO Y HORMA, Fernando.

- *Elementos de Derecho hipotecario*, tomo I, 2ª edición, Reus, Madrid, 1931.

CAPILLA RONCERO, Francisco.

- “Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de la ineficacia del testamento válido”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XL-I, enero-marzo, 1987, pp. 3-88.

CÁRDENAS, L.

- “La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXV, nº 416, noviembre, 1951, pp. 925-929.

CARRASCO PERERA, Ángel.

- “Comentario a la sentencia de 21 de marzo de 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 8, abril-agosto, 1985, pp. 2535-2542.

- “Comentarios al artículo 16 de la LAU.”, en VVAA., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 349-373.

CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro C.

- *La nulidad parcial del testamento*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

CASAS VALLÉS, Ramón.

- “Comentario a la sentencia de 21 de julio de 1986”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 12, septiembre-diciembre, 1986, pp. 3967-3974.

CASTÁN TOBEÑAS, José.

- *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI: Derecho de sucesiones, volumen II: Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria. La sucesión forzosa, 8ª edición revisada y puesta al día por Castán Vázquez y Montero-Ríos, Reus, Madrid, 1979.

- *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI: Derecho de sucesiones, volumen I: La sucesión en general. La sucesión testamentaria, 9ª edición revisada y puesta al día por Castán Vázquez y Montero-Ríos, Reus, Madrid, 1989.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier.

- “El testamento mancomunado, institución exportable al Código civil”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 39, julio-septiembre, 2001, pp. 9-37, anteriormente publicado en *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio, 1992, nº 15, “Homenaje al profesor Sancho Rebullida”, pp. 36-53.

CELAYA IBARRA, Adrián.

- “El testamento por comisario”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXV-III, julio-septiembre, 1972, pp. 735-749.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Humberto.

- “La *sanatoria excepcional* de disposiciones testamentarias nulas en el Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, tomo LXI, septiembre, 1977, pp. 627-647.

COLINA GAREA, Rafael.

- “La partición de la herencia en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Especial referencia a los artículos 165 y 166 LDCG.”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, tomo IV, Universidad de A Coruña, 2000, pp. 109-134.

- *La “partija” entre coherederos que representen la mayoría económica de la herencia (análisis de los artículos 165 y 166 de la Ley de Derecho Civil de Galicia)*, Tórculo, Santiago, 2000.

CORA GUERREIRO, Juan Manuel y GIL CABALLERO, María José.

- “Comentarios a los artículos 141 a 143 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por Sánchez Mera, Cora Guerreiro, Amigo Vázquez y Ordóñez Armán, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 143-157.

CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús.

- “Comentarios a los artículos 1.051 a 1.055, 1.057 y 1.058 a 1.060 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo V, coord. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 526-537 y 558-627.

La partición conjunta en el Derecho gallego

CORDÓN MORENO, Faustino.

- “Comentarios al artículo 7 de la Ley de Arbitraje”, en VVAA., *Comentario breve de la ley de Arbitraje*, dirigido por Montero Aroca, Civitas, Madrid, 1990, pp. 54-57.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso.

- *Instituciones de Derecho civil*, tomo II: Derechos reales y Derecho hipotecario. Derecho de familia y Derecho de sucesiones, revisado y puesto al día por De Cossío y Martínez y León Alonso, Civitas, Madrid, 1988.

COVIÁN, Víctor.

- voz “Partición de herencia”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXIV, Barcelona, 1910, pp. 336-391.

CRESPO ALLÚE, Fernando.

- “La comunidad postganancial”, *Actualidad Civil*, 1991, tomo I, nº 8, febrero, pp. 109-118.

- *La división de la comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993.

CUADRADO IGLESIAS, Manuel.

- “El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la ley de 24 de diciembre de 1981”, *Revista de Derecho Privado*, tomo LXVII, diciembre, 1983, pp. 1091-1116.

CUTILLAS TORNS, José María.

- “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *La Ley*, 1986-3, pp. 894-903.

- *La partición parcial de la herencia y su impugnación por lesión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CHAMORRO PIÑERO, Santiago.

- “Los derechos hereditarios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo I, nº 4, abril, 1941, pp. 312-340.

D’ORS, Alvaro.

- *Derecho Privado Romano*, Eunsa, 9ª edición, 1997.

DE BUEN, Demófilo.

- voz “Sustitución ejemplar”, en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXIX, Barcelona, 1910, pp. 158-160.

- *Notas al Curso elemental de Derecho Civil de COLIN y CAPITANT*, tomo VIII: Derecho sucesorio. Donaciones. Ausencia, Reus, Madrid, 1928.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico.

- *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- “El patrimonio”, *Temas de Derecho civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1972, pp. 35-66.
- *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

DE DIEGO, Felipe Clemente.

- “Consulta: Disolución de la sociedad de gananciales. ¿La implica la escritura en que los propios cónyuges, por acto *inter vivos*, dividen sus bienes conforme al artículo 1.057 del Cc. a favor de los hijos comunes?”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XI, nº 134, noviembre, 1924, pp. 343-348.
- *Instituciones de Derecho civil español*, tomo III, Imprenta Juan Pueyo, Madrid, 1932.
- *Dictámenes jurídicos*, tomo III: Sucesiones, Bosch, Barcelona, 1958.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel.

- “Partición, enajenación y división de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXII, nº 376-377, 1948, pp. 637-659.
- “El legado de cosa ganancial”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo V-II, abril-junio, 1952, pp. 467-551.
- *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, 2ª edición, Madrid, 1999.
- “Comentarios a los artículos 1.056, 1.057, 1.058, 1.073 a 1.078, 1.079, 1.080 y 1.081 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 2474-2492 y 2515-2538.

DE LA CÁMARA, Fernando.

- “El derecho hereditario *in abstracto*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 19, 1926, pp. 490-507.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio.

- “Observaciones sobre la eficacia transmisiva y vinculante de la partición extratestamentaria hecha por el testador”, en VVAA., *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*, volumen III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1977, pp. 393-429.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad.

- *La partición hereditaria como justo título de la usucapión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE LEÓN ARCE, Alicia.

- *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: el régimen de participación*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1984.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis.

- “La partición de herencia por el propio testador”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 27, enero-marzo, 1960, pp. 99-234.

- “Comentarios al artículo 1.321 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVIII, volumen I: artículos 1.315 al 1.343, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1982, pp. 134-140.

- voz “Patrimonio”, en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989, pp. 165-179.

- “Comentarios a los artículos 1.378 a 1.380 y 1.396 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVIII, volumen II: artículos 1.344 al 1.410, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1999, pp. 473-480 y 582-601.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos.

- *Curso de Derecho Civil Navarro*, tomo I: Introducción. Parte general, Eunsa, Pamplona, 1990.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel y PARRA LUCÁN, María Ángeles.

- *Curso de Derecho civil*, tomo I: Derecho privado. Derecho de la persona, coordinado por De Pablo Contreras, Colex, Madrid, 1998.

DÍAZ-FUENTES, Antonio.

- “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa*. I: Sobre el artículo 671 del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XVIII-IV, octubre-diciembre, 1965, pp. 141 y ss.

- *Derecho civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, Seminario de Estudios Galegos, Santiago de Compostela, 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis.

- *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.

- “La distinción entre árbitros y arbitradores y el artículo 1.690 Cc. Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 1973”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXVII-II, 1974, pp. 447-455.

- *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª edición, Ariel, Barcelona, 1993.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo I: Introducción y teoría del contrato, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio.

- *Sistema de Derecho civil*, tomo I: Introducción y Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2001.

- *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, volumen I: Introducción, Parte general y Derecho de la persona, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.

- *Sistema de Derecho civil*, tomo IV: Derecho de familia y Derecho de sucesiones, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2004.

DOMENECH, Adela María.

- voz "Partición de herencia", en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989, pp. 15-45.

DOMINGO AZNAR, Antonio.

- *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés.

- "Comentario a la sentencia de 17 de diciembre de 1988", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 19, enero-marzo, 1989, pp. 55-64.

- "La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII-III, julio-septiembre, 1990, pp. 793-849.

- "Comentario a la sentencia de 28 de febrero de 2003", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 62, mayo-septiembre, 2003, pp. 833 a 855.

DORAL, José Antonio.

- "Titularidad y patrimonio hereditario", *Anuario de Derecho civil*, tomo XXVI-II, abril-junio, 1973, pp. 457-459.

DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Angel.

- *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.

DURÁN RIVACOBIA, Ramón.

- *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 2003.

- *Derecho interregional*, Dykinson, Madrid, 1996.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel.

- *La sucesión contractual en el Código civil*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1999.

- "Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII-I, enero-marzo, 2000, pp. 269-296.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego.

- *Manual de Derecho civil español*, tomo V: Sucesiones, Revista de Derecho Privado, 5ª edición, Madrid, 1978.

- *Manual de Derecho civil español*, tomo IV: Familia, 8ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

La partición conjunta en el Derecho gallego

- “Comentarios a los artículos 669 y 670 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 1682-1688.

ESPINOSA DE SOTO, José Luis y GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ, Gerardo.

- “Comentarios al artículo 146 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por Sánchez Mera, Cora Guerreiro, Amigo Vázquez y Ordóñez Armán, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 163-181.

FALCÓN, Modesto.

- *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, tomo II, Establecimiento Tipográfico Vicente Oliva, Salamanca, 1878.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis y PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos.

- “Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del *ius delationis* (ex artículo 1.006 del Código civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX-IV, octubre-diciembre, 1996, pp. 1541-1597

- “Ejecución testamentaria: la prescindibilidad del contador-partidor por parte de los herederos. Nuevo enfoque y perspectivas”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre, 1998, nº 27, pp. 233-437.

FERNÁNDEZ-PRIDA MIGOYA, Francisco.

- “Régimen económico matrimonial de participación” en VVAA., *Libro-homenaje a Idefonso Sánchez Mera*, tomo I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 519-550.

FERRANDIS VILELLA, José.

- *La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona, 1954.

- “Sucesión en los arrendamientos. Transmisión *mortis causa* de los derechos y obligaciones del arrendatario”, *Anuario de Derecho civil*, tomo VII-II, abril-junio, 1954, pp. 405-426.

FERRARA, Francisco.

- “Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española”, *Revista de Derecho Privado*, tomo X, nº 122, noviembre, 1923, pp. 322-333.

FLUME, Werner.

- *El negocio jurídico*, trad. Miquel González y Gómez Calle, 4ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de.

- “El Derecho sucesorio del cónyuge putativo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CLXX, nº 5, noviembre, 1941, pp. 431-474.

- “Derecho civil de Galicia”, *Estudios de Derecho Civil*, tomo I, Aranzadi, Navarra, 1992, pp. 225-329.

- “El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia”, *Estudios de Derecho Civil*, tomo II, Aranzadi, Navarra, 1992, pp. y 1299-1320.

GALVÁN GALLEGOS, Angela.

- *La herencia: contenido y adquisición. La aceptación y repudiación de la herencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000.

GARCÍA CANTERO, Gabriel.

- “Comentarios al artículo 79 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo II: artículos 42 a 107, 2ª edición de acuerdo con la Ley de 7 de julio de 1981, Edersa, Madrid, 1982, pp. 239-247.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel.

- *La sucesión por derecho de transmisión*, Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA GOYENA, Florencio.

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomos I-IV, Tipográfico-editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan.

- “Cotitularidad y comunidad. *Gesammte hand o comunidad en mano común*, 2ª parte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 215, abril, 1946, pp. 227-235.

- “Cotitularidad y comunidad. *Gesammte hand o comunidad en mano común*, 5ª parte”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 221, octubre, 1946, pp. 613-625.

GARCÍA MONGE Y MARTÍN, Jacinto.

- “La partición de la herencia”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XLVII, febrero, 1963, pp. 139-142.

GARCÍA ORMAECHEA, Rafael.

- “Testamento al arbitrio de un tercero”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CXL, 1922, pp. 351-354.

GARCÍA PÉREZ, Carmen.

- *El arbitraje testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

La partición conjunta en el Derecho gallego

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín.

- *La colación*, Tecnos, Madrid, 2002.

GARCÍA RUBIO, María Paz.

- *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1985.

- “Comentarios al artículo 146 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz-Alabart, tomo XXXII, volumen II: artículos 100 al final de la LDCG., Edersa, Madrid, 1997, pp. 1139-1156.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo.

- “La comunidad hereditaria”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXIII, abril, 1952, pp. 395-426, publicado también en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, Madrid, 1953, pp. 237-270.

GARCÍA VICENTE, Fernando.

- “Del testamento mancomunado”, en VVAA., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, volumen III, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 166-260.

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen.

- “Comentarios al artículo 79 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 331-332.

GIAMPICOLO.

- *Il contenuto atípico del testamento*, Milán, 1954.

GIMÉNEZ DUART, Tomás.

- “La gestión de la comunidad de gananciales”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV-III, julio-septiembre, 1982, pp. 571-590.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel.

- *La administración de la herencia en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

- “Comentarios al artículo 1.006 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XIV, volumen I: artículos 988 a 1.034, Edersa, Madrid, 1989, pp. 284-290.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel.

- *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, tomo I, Imprenta D. Vicente de Lalama, Madrid, 1843.

GÓMEZ FERRER SAPIÑA, Rafael.

- “Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo LI, nº 526, mayo-junio, 1978, pp. 493-516.

GÓMEZ MORÁN, Luis.

- “Testamento-partición”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XXII, nº 257, octubre, 1949, pp. 608-631.

GONZÁLEZ, Jerónimo

- “La comunidad hereditaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, volumen VII, nº 75, 1931, pp. 174-185.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel.

- “Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto *inter vivos*”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXVIII, nº 447, junio, 1954, pp. 494-538.

GONZÁLEZ LAO, Juan José.

- “Naturaleza jurídica y objeto de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Derecho común”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 43, julio-septiembre, 2002, pp. 75-120.

GONZÁLEZ-LLANA Y FAGOAGA, José.

- *Particiones hereditarias extrajudiciales, testamentarias y abintestatos y redacción de documentos*, tomo I: Teoría y técnica general de la partición, Estudios Jurídicos Prácticos, Madrid, 1951.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel.

- “Comentarios al artículo 705 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen I-B: artículos 694 a 705, Edersa, Madrid, 1987, pp. 289-304.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Manuel.

- “Sobre particiones verificadas por el testador en actos *intervivos*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XXVII, nº 27, marzo, 1927, pp. 166-174.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente.

- “Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1.079 del Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIX-I, enero-marzo, 1966, pp. 55-79.

GUTIÉRREZ ALLER, Victorino.

- “Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia”, VVAA., *Dereito Civil de Galicia (Comentario da lei 4/1995 do 24 de maio)*, Revista Xurídica Galega, Santiago, 1995, pp. 352-422. Este trabajo fue reeditado posteriormente como monografía con el título *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*, Editorial Ir Indo, Vigo, 1997.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito.

- *Códigos o estudos fundamentais sobre el Derecho civil español*, tomo III, Imprenta D. F. Sánchez, Madrid, 1863.

GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier.

- “Sobre la naturaleza jurídica del derecho hereditario y su constancia registral”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 765-774.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.

- *Dictámenes*, tomo II: Derecho de familia, Derecho de sucesiones y cuestiones procesales, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1968.

HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria.

- “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 809-832.

HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, Gonzalo.

- “La transmisión del *ius delationis*”, en VVAA., *Homenaje a Juan Bchs. Vallet de Goytisolo*, volumen IV, Junta de decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 465-491.

HERRERO GARCÍA, María José.

- “Comentarios al artículo 1.321 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, dir. Díez-Picazo y otros, tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 592-594.

IGLESIAS CORRAL, Manuel.

- “Comentarios al artículo 2 de la Compilación de Galicia”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XXXII: Compilación de Galicia, Edersa, Madrid, 1979, pp. 9-12.

JAÉN, Vicente.

- *Derecho civil*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

JORDANO BAREA, Juan Bautista.

- “El testamento”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 37-38, julio-diciembre, 1962, pp. 57-101, que posteriormente fue reeditado bajo el título de “Teoría general del testamento”, en *Estudios de Derecho público y Derecho privado ofrecidos al Prof. I. Serrano y Serrano*, volumen I, Valladolid, 1965, pp. 431-463.

JORDANO FRAGA, Francisco.

- *La sucesión en el ius delationis (Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa)*, Civitas, Madrid, 1990.

KIPP, Theodor.

- *Tratado de Derecho civil*, Ennecerus-Kipp-Wolf, con notas de Ramón María Roca Sastre, tomo V, volumen I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1976.

LACAL, Pascual.

- “La prohibición de dividir la herencia en nuestro derecho positivo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 80, agosto, 1931, pp. 577-581.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís.

- *Derecho de sucesiones*, tomo I, Parte General: Sucesión voluntaria, 1ª y 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1971 y 1976, respectivamente.

- *Derecho de sucesiones*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1973.

- *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV: Derecho de familia, volumen I, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1990 y también la nueva edición revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2002.

- *Elementos de Derecho Civil*, tomo V: Derecho de sucesiones, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1993 y, también, 6ª edición revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2001.

- *Elementos de Derecho Civil*, tomo I: Parte general, volumen III: Derecho subjetivo. Negocio jurídico, 2ª edición revisada por Jesús Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2000.

LARENZ, Karl.

- *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª edición, 2001.

LARRONDO LIZÁRRAGA, Joaquín María.

- *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa (análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Colegio de Registradores, Madrid, 1994.

LEGERÉN MOLINA, Antonio.

- “La facultad de partir atribuida al cónyuge comisario por la Ley de Derecho Civil de Galicia”, en VVAA., *Libro-homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1299-1344.

LEÓN-CASTRO, José y DE COSSÍO, Manuel.

- Arrendamientos urbanos: la nueva ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994, Granada, Comares, 1995.

LETE ACHIRICA, Javier.

- “Comentarios al artículo 157 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz-Alabart, tomo XXXII, volumen II: artículos 100 al final de la LDCG., Edersa, Madrid, 1997, pp. 1252-1264.

LETE DEL RÍO, José Manuel.

- “Comentarios al artículo 79 Cc.”, en VVAA., *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro primero del Código Civil*, coordinados por Lacruz Berdejo, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1994, pp. 776-787.

- “El régimen económico familiar. Capitulaciones matrimoniales”, en VVAA., *Manual de Derecho civil gallego*, coordinado por José Manuel Lete del Río, Colex, Madrid, 1999, pp. 181-191.

- “Comentarios a los artículos 136, 137, 138, 139 y 140 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz-Alabart, tomo XXXII, volumen II: artículos 100 al final de la LDCG., Edersa, Madrid, 1997, pp. 983-1079.

LLOPIS GINER, Juan Manuel.

- “La incidencia de las rupturas matrimoniales en el Derecho de sucesiones”, *Revista General de Derecho*, nº 645, junio, 1998, año LIV, pp. 7041-7074.

LÓPEZ GARZÓN, José.

- “La reversión legal de donaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XII-III, julio-septiembre, 1954, pp. 899-937.

LÓPEZ R. GÓMEZ, Nicasio.

- *Tratado teórico-legal del Derecho de Sucesión*, tomo II, 3ª edición, Madrid, 1916.

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos.

- “El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil”, en VVAA., *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Bilbao, 1999, pp. 441-459.

- “La intervención del Notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 5, Universidad de A Coruña, 2001, pp. 373-402.

- *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Jerónimo.

- “Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XI-I, enero-marzo, 1958, pp. 3-19.

LORENTE SANZ, José.

- “El testamento mancomunado en el Apéndice foral aragonés”, en VVAA., *1ª Semana de Derecho aragonés*, Universidad de Zaragoza, Jaca, 1942, pp. 127-155.

- “Testamento mancomunado en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo XV, 1968-1969.

LORENZO MERINO, Fernando José.

- *El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*, Publicacións da Asociación Galega de Estudos Xurídicos, Santiago, 1992.

LOSANA.

- *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, 2ª edición, Torino, 1911.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco.

- “Comentarios al artículo 687 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen I-A: artículos 657 a 693, Edersa, Madrid, 1990, pp. 367 y ss.

LUQUE TORRES, Gracia.

- *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002.

MANRESA Y NAVARRO, José María.

- *Comentarios al Código civil español*, tomo VII: artículos 912 a 1.087, 6ª edición revisada por Bonet Ramón, Reus, Madrid, 1943.

- *Comentarios al Código civil español*, tomo V: artículos 609 a 743, 6ª edición revisada por Marín Pérez, Reus, Madrid, 1951.

- *Comentarios al Código civil español*, tomo VI: artículos 744 a 911, 7ª edición revisada por Ogáyar y Ayllón, Reus, Madrid, 1951.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa.

- *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Civitas, Madrid, 1991.

La partición conjunta en el Derecho gallego

MARÍN LÁZARO, Rafael.

- “La partición de la herencia hecha por actos *inter vivos*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CLXXVI, nº 2, septiembre, 1944, pp. 213-238.

MARTÍN LÓPEZ, José.

- “Carácter y efectos de la partición de herencia”, *Revista de Derecho Privado*, nº 270, marzo, 1936, pp. 81-96.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa.

- *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio.

- “Comentarios al artículo 834 Cc.”, en VVAA., *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, dirigido por Pasquau Liaño, tomo I: artículos 1 a 1.087 Cc., Comares, Granada, 2000, pp. 1553-1558.

- “Convivencia y herencia. Derechos sucesorios en las uniones de hecho”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 1087-1105.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual.

- “Comentarios al artículo 1.057 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1221-1225.

MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel.

- “Comentarios a los artículos 136, 137, 138, 139 y 140 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por Sánchez Mera, Cora Guerreiro, Amigo Vázquez y Ordóñez Armán, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 115-122 y 126-141.

- “Del testamento mancomunado”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por Sánchez Mera, Cora Guerreiro, Amigo Vázquez y Ordóñez Armán, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 123-126.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis.

- *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El artículo 149.1, Regla 8, de la CE.*, Civitas, Madrid, 1997.

MASIDE MIRANDA, José Enrique.

- *Legítima del cónyuge supérstite*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989.

MAURA, Antonio.

- *Dictámenes*, tomo III: Testamentos y sustitución, Editora Saturnino Calleja, Madrid, 1930, pp. 313-328.

MÉNDEZ APENELA, Eduardo.

- “Comentarios a los artículos 164, 165 y 169 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por Sánchez Mera, Cora Guerreiro, Amigo Vázquez y Ordóñez Armán, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 273-286 y 300-304.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis.

- “Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XLVII, nº 500, enero-febrero, 1974, pp. 47-73.

- “Comentarios a los artículos 96 a 97 de la Compilación de Aragón”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XXXIV, volumen I: artículos 89 al 118 de la Compilación de Aragón, Edersa, Madrid, 1987, pp. 118-137.

- “Comentarios a los artículos 103 y 105 LS.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz-Alabart, tomo XXXIV, volumen I: artículos 1 a 148 de la Ley de Sucesiones aragonesa, Edersa, Madrid, 2002, pp. 723-726 y 738-750.

MESA MARRERO, Carolina.

- “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 43, julio-septiembre, 2002, pp. 159-234.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis.

- “Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XI-I, enero-marzo, 1958, pp. 21-114.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen.

- “Efectos civiles y registrales de las prohibiciones testamentarias de disponer”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo II, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 1153-1160.

MONEDERO GIL, Francisco Javier.

- “La partición practicada por el testador”, *Pretor*, nº 64, julio-agosto, 1971, pp. 515-552.

MONTERO AROCA, Juan.

- *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (la aplicación práctica del artículo 95 del Código civil y de los artículos 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORALES MORENO, Antonio Manuel.

- “Comentarios al artículo 1.432 Cc.”, en VVAA., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 1895-1907.

MORENO, Fausto.

- voz “Derecho supletorio”, en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo VII, Barcelona, 1980, pp. 19-21.

MUCIUS SCAEVOLA, Quintus.

- *Código civil*, tomo XIV: artículos 806 a 857, revisado y puesto al día por Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1944.

- *Código civil*, tomo XIII: artículos 744 a 805, 5ª edición revisada y puesta al día por Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1944.

- *Código civil*, tomo XII: artículos 657 a 739, 2ª edición revisada y puesta al día por Moreno Mocholí, Reus, Madrid, 1950.

- *Código Civil*, tomo XVIII: artículos 1.035 a 1.087, 2ª edición revisada y puesta al día por Marín Pérez, Reus, Madrid, 1954.

MUÑIZ ESPADA, Esther.

- “Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVIII-IV, octubre-diciembre, 1995, pp. 1633-1708.

MUÑOZ DE DIOS, Mariano.

- “La divisibilidad de la herencia y sus posibles limitaciones: por prohibición del testador y por acuerdo de los coherederos”, en VVAA., *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, tomo VI, Ediciones Universidad de Navarra, SA., Pamplona, 1969, pp. 615-653.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen.

- *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

NÚÑEZ MUÑIZ, María del Carmen.

- *El legado de parte alicuota. Su régimen jurídico*, Edijus, Madrid, 2000.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier.

- *Compendio de Derecho civil*, tomo IV: Derecho de familia, Edersa, Madrid, 1996.

- *Compendio de Derecho civil*, tomo V, Edersa, Madrid, 1999.

OGÁYAR Y AYLLÓN, Tomás.

- "Naturaleza jurídica de la partición hereditaria", *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 1, enero-febrero, 1957, pp. 17-31.

ORTÍ VALLEJO, Antonio.

- "Las facultades de disposición *mortis causa* de bienes gananciales", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII-III, julio-septiembre, 1989, pp. 665-715.

OSSORIO MORALES, Juan.

- *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo V (173 de la colección), mayo, 1943, pp. 562-566.

- *Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel.

- "Comentarios al artículo 670 Cc.", en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen I-A: artículos 657 a 693, Edersa, Madrid, 1990, pp. 113-144.

OTERO VALENTÍN, Julio.

- voz "Legítima", en VVAA., *Enciclopedia Jurídica Española Seix*, tomo XXI, Barcelona, 1910, pp. 242-250.

PALOMAR BARO, Alberto.

- voz "Herencia", en VVAA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo X, Barcelona, 1985, pp. 907-936.

PASTOR RIDRUEJO, Félix.

- *La revocación del testamento*, Nauta, Barcelona, 1964.

PELAYO HORE, Santiago.

- "El testamento y la ley como normas de la partición", *Pretor*, nº 63, mayo-junio, 1971, pp. 363-373.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel.

- *La herencia y las deudas del causante*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

La partición conjunta en el Derecho gallego

- *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones, Madrid, 1989.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel.

- “Comentarios a los artículos 128 y 129, 141 y 142 LDCG.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz-Alabart, tomo XXXII, volumen II: artículos 100 al final de la LDCG., Edersa, Madrid, 1997, pp. 884 a 909 y 1079 a 1127.

- “El Derecho sucesorio gallego: introducción” y “La sucesión testada”, en VVAA., *Manual de Derecho civil gallego*, coordinado por José Manuel Lete del Río, Colex, Madrid, 1999, pp. 215-232.

PÉREZ ARDÁ, Enrique.

- “Alrededor del artículo 812 del Cc.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CXII, 1908, pp. 122-125.

PÉREZ ESCOLAR, Marta.

- *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003.

PRETEL SERRANO, Juan José.

- “Comentarios a los artículos 1.379 y 1.380 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 722-730.

PUIG BRUTAU, José.

- *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen I: Herencia, heredero y legatario. Aceptación y repudiación. Responsabilidad del heredero. Posesión y petición de herencia. Comunidad hereditaria. Venta de herencia. El albaceazgo, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1975.

- *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen II: El testamento. La institución de heredero. Los legados y cargas modales. Las sustituciones, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1977.

- *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, volumen III: Legítimas. Reservas. Sucesión intestada. Sucesión contractual. Partición de herencia, 4ª edición, Bosch, Barcelona, 1991.

- *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, Familia. Matrimonio. Divorcio. Filiación. Patria potestad. Tutela, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1985.

PUIG FERRIOL, Luís.

- “Comentarios al artículo 662 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 1668-1670.

PUIG PEÑA, Federico.

- *Tratado de Derecho civil español*, tomo V: Sucesiones, volumen I: Teoría general de las sucesiones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

- *Tratado de Derecho civil español*, tomo V: Sucesiones, volumen III: Relaciones sucesorias en particular, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.

REBOLLEDO VARELA, Angel Luis.

- *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil*, Montecorvo, Madrid, 1983.

- “Prólogo” a la Compilación del Derecho Civil de Galicia de 2 de diciembre de 1963, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 549-566.

- “La liquidación de la sociedad de gananciales: ¿ejecución de sentencia, juicio de testamentaria, o declarativo?: art. 91 Cc.; arts. 1.054 y ss. Lec”, en VVAA., *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 327-371.

- “La liquidación del régimen económico-matrimonial”, en VVAA., *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 187-268.

REINO CAAMAÑO, José.

- “Del artículo 1.056 el Código Civil”, *Foro gallego*, nº 67, enero-febrero, 1950, Colegio de Abogados de A Coruña, pp. 29-32.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José.

- *Derecho de sucesiones. Común y foral*, tomo II, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1997.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel.

- *La comunidad postganancial*, Bosch, Barcelona, 1997.

ROBLES LATORRE, Pedro.

- *La partición convencional y su impugnación*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

- “El concepto de partición parcial”, en VVAA., *Homenaje al prof. Bernardo Moreno Quesada*, tomo III, Universidad de Granada y Universidad de Jaén, 2000, pp. 1567-1577.

ROCA JUAN, Juan.

- “Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XIV, vol. II, Edersa, Madrid, 1989, pp. 36-43.

ROCA SASTRE, Ramón María.

- “La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 57, septiembre, 1929, pp. 641-660, y nº 58, octubre, 1929, pp. 740-749.

- “La forma en el negocio jurídico”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I: Obligaciones y contratos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 85-111.
- “El derecho de transmisión”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo II: Sucesiones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 294-301.
- “Partición de herencia por actos *inter vivos*”, *Estudios de Derecho Privado*, tomo II: Sucesiones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 371-405, publicado posteriormente en *Estudios sobre Sucesiones*, tomo II, IDE., Madrid, 1981, pp. 387-414.
- *Derecho hipotecario*, tomo II: Registro de la Propiedad, Bosch, Barcelona, 1948.
- *Notas al Tratado de Derecho civil de Enneccerus*, Kipp y Wolff, tomo V: Derecho de sucesiones, volumen I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1976.

ROCA SASTRE, R. Mª. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis.

- *Derecho hipotecario*, tomo III, 7ª edición, Bosch, Barcelona, 1979.
- *Derecho hipotecario*, tomo V: Dinámica registral, 8ª edición, Bosch, Barcelona, 1997.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis.

- *Derecho de sucesiones*, tomo III, Bosch, Barcelona, 1994.
- *Derecho de sucesiones*, tomo I, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1995.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio.

- “El testamento y la ley como normas de la partición”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 68, abril-junio, 1970, pp. 191-208.
- “La partición hecha por el testador”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 68, abril-junio, 1970, pp. 209-231.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino.

- “Efectos de la partición *inter vivos* que regula el artículo 1.056 del Código Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CXCI, nº 3, marzo, 1952, pp. 307-347.

RODRÍGUEZ DEL BARCO, José.

- “Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, *Revista de Derecho Privado*, nº 55, diciembre, 1971, pp. 1157-1171
- “Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria”, *Revista de Derecho Privado*, nº 57, mayo, 1973, pp. 420-440.

ROMERO CERDEIRIÑA, Ángel.

- “En torno al concepto del derecho hereditario. La última moda”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, Madrid, 1950, pp. 273-337.

ROURA ROSICH, Jorge.

- “Los patrimonios de marido y mujer como un todo a efectos sucesorios”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XIII, 1962, pp. 67-105.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel.

- *Derecho sucesorio mortis causa*, Edelce, Sevilla, 1951.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier.

- “Comentarios al artículo 659 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo IX, volumen I-A: artículos 657 a 693, Edersa, Madrid, 1990, pp. 5-35.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe.

- *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, volumen I: Derecho de sucesión *mortis causa*, 2ª edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

- *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, volumen II: Derecho de sucesión *mortis causa*, 2ª edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

- *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, volumen III: Derecho de sucesión *mortis causa*, 2ª edición, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís.

- “Partición de herencia”, *Estudios de Derecho Civil*, tomo I, Ediciones Universidad de Navarra S. A., Pamplona, 1978, pp. 485-617.

- “Comentarios al artículo 69 Cc.”, en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo II: artículos 42 a 107, 1ª edición, Edersa, Madrid, 1978, pp. 188-193.

- “Comentarios a los artículos 659, 737, 738, 739 y 743 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo I, dir. Díez-Picazo y otros, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 1660-1663, 1836-1841 y 1847.

SANCHO-TELLO Y BURGUETE, Vicente.

- *Redacción de Instrumentos Públicos*, tomo I, Establecimiento Tipográfico Domenech, Valencia, 3ª edición, 1929.

SANMARTÍN LOSADA, Rafael.

- “Comentarios a los artículos 159 a 163 LDCG.”, en VVAA., *Derecho de sucesiones de Galicia, Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por Sánchez Mera, Cora Guerreiro, Amigo Vázquez y Ordóñez Armán, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 250-272.

SANTOS BRIZ, Jaime.

- *Derecho civil. Teoría y práctica*, tomo VI: Derecho de sucesiones, Edersa, Madrid, 1979.

SAPENA TOMÁS, Joaquín.

- “Un caso de renuncia a herencia futura admitido por el Tribunal Supremo (sentencia de 6 de mayo de 1953)”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXVIII, nº 445, abril, 1954, pp. 303-309.

SAVIGNY, M. F. C.

- *Sistema de Derecho romano actual*, tomo II, 2ª edición, Centro editorial de Góngora, Madrid.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis.

- “El procedimiento para la división judicial de la herencia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 499-633.

TALMA CHARLES, Javier.

- “La teoría sobre los vicios de la voluntad en la jurisprudencia, y su aplicación al ámbito sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 18, abril-junio, 1996, pp. 149-264.

TAPIA PARREÑO, José Jaime.

- “La partición. Concepto y clases”, en VVAA., *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de sucesiones. Donación*, dir. Seoane Spiegelberg, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 11-99.

TEIXEIRA GRACIANETA, Antonio.

- “El testamento mancomunado aragonés”, *Anuario de Derecho aragonés*, tomo XII, 1963-1964, pp. 11-180.

TORRES LANA, José Ángel.

- “La partición por comisario”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Universidad de Palma de Mallorca, tomo IV, 1983, pp. 95-119.

TRAVIESAS, Miguel M.

- “Sustituciones hereditarias”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XIV, nº 171, diciembre, 1927, pp. 404-422.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto.

- *Tratado de Derecho civil español*, tomo V: Parte especial. Derecho de sucesión *mortis causa*, 3ª edición, Cuesta, Valladolid, 1926.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina.

- *Nulidad, Separación, Divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1982.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans.

- "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código Civil. I", *Anuario de Derecho Civil*, tomos X-II, abril-junio, 1957, pp. 327-392, X-III, julio-septiembre, 1957, pp. 693-752, X-IV, octubre-diciembre, 1957, pp. 1057-1120, XI-III, julio-septiembre, 1958, pp. 649-766, XII-III, julio-septiembre, 1959, pp. 753-846 y XIII-III, julio-septiembre, 1960, pp. 679-880.

- "Facultades de los contadores-partidores para interpretar el testamento", *Anuario de Derecho civil*, tomo XVIII-I, enero-marzo, 1965, pp. 227-266.

- "Aspecto cuantitativo de las legítimas", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXIV-I, enero-marzo, 1971, pp. 3-147.

- *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978.

- *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo I: Fundamentos, Civitas, Madrid, 1982.

- "Comentarios al artículo 834 Cc.", en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XI, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1982, pp. 446-461.

- *Panorama del Derecho de sucesiones*, tomo II: Perspectiva dinámica, Civitas, Madrid, 1984.

- "Discurso de investidura de Juan B. Vallet de Goytisolo: Relectura en torno a la comunidad hereditaria", *Revista de Derecho Notarial*, nº 127, enero-marzo, 1985, pp. 345-398.

- "Comentarios a los artículos 1.056, 1.063, 1.064, 1.073, 1.074, 1.075, 1.076, 1.078, 1.079, 1.080 y 1.081 Cc.", en VVAA., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XIV, volumen II: artículos 1.035 al 1.087, Edersa, Madrid, 1989, pp. 124-170, 410-423, 503-542 y 558-618.

- "El principio del *favor partitionis*", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII-I, enero-marzo, 1990, pp. 5-24.

VARA GONZÁLEZ, José Manuel.

- "Comunidad hereditaria y enajenación de inmuebles", *Revista Jurídica del Notariado*, nº 22, abril-junio, 1997, pp. 21-158.

VERDERA SERVER, Rafael.

- *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VICENTE DÍAZ, Matilde.

- “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *Actualidad Civil*, 1989, tomo III, nº 32, septiembre, pp. 2541-2559.

VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso.

- “Comentarios al artículo 1.036 Cc.”, en VVAA., *Comentario del Código Civil*, tomo V, coord. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 479-481.

VVAA.

- “Propuesta de Compilación de Derecho civil de Galicia”, *Foro Galego*, nº 184, Colegio de Abogados de A Coruña, A Coruña, 1992, pp. 13-38.

- “Trabajo sobre la Compilación de Derecho civil de Galicia”, *Foro Galego*, nº 184, Colegio de Abogados de A Coruña, A Coruña, 1992, pp. 39-61.

- *Compendio de Derecho Nobiliario*, Civitas, Madrid, 2002

- “Propuesta de reforma de la LDCG.”, en VVAA., *Libro-homenaje a Ildfonso Sánchez Mera*, tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 2373-2433.

VON THUR.

- *Tratado de obligaciones*, tomo I, Madrid, 1934.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima.

- “Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII-II, abril-junio, 2000, pp. 553-626

ZULUETA DE HAZ, Antonio.

- “De las partijas (das partillas)”, en VVAA., *Derecho Civil Gallego*, coordinado por Rebolledo Varela, Rodríguez Montero y Lorenzo Merino, Consejo General del Poder Judicial y Xunta de Galicia, Madrid, 1996, pp. 367-397.

**RESOLUCIONES JUDICIALES
CITADAS**

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS

STC 62/1991, de 22 de marzo
STC 147/1991, de 4 de julio
STC 79/1992, de 28 de mayo
STC 121/1992, de 28 de septiembre
STC 182/1992, de 16 de noviembre
STC 88/1993, de 12 de marzo
STC 155/1993, de 6 de mayo
STC 156/1993, de 6 de mayo
STC 226/1993, de 8 de julio
STC 118/1996, de 27 de junio
STC 61/1997, de 20 de marzo

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS

STS de 20 de febrero de 1890 (JC. tomo LXVII nº 48)
STS de 8 de febrero de 1892 (JC. tomo LXXI nº 36)
STS de 4 de mayo de 1892 (JC. tomo LXXI nº 43)
STS de 5 de julio de 1893 (JC. tomo LXXIV nº 5)
STS de 4 de abril de 1895 (JC. tomo LXXVII nº 98)
STS de 11 de junio de 1897 (JC. tomo LXXXI nº 117)
STS de 13 de junio de 1898 (JC. tomo LXXXIV nº 108)
STS de 5 de octubre de 1898 (JC. tomo LXXXV nº 5)
STS de 22 de marzo de 1899 (JC. tomo LXXXVI nº 111)
STS de 9 de febrero de 1901 (JC. tomo XC nº 34)
STS de 25 de octubre de 1901 (JC. tomo XCII nº 91)
STS de 26 de noviembre de 1901 (JC. tomo XCII nº 123)
STS de 16 de junio de 1902 (JC. tomo XCIII nº 172)
STS de 31 de enero de 1903 (JC. tomo XCV nº 33)
STS de 13 de junio de 1903 (JC. tomo XCV nº 174)
STS de 24 de octubre de 1903 (JC. tomo XCVI nº 86)
STS de 23 de noviembre de 1903 (JC. tomo XCVI nº 123)
STS de 2 de julio de 1904 (JC. tomo XCVIII nº 129)

STS de 26 de octubre de 1904 (JC. tomo XCIX nº 39)
STS de 23 de noviembre de 1904 (JC. tomo XCIX nº 64)
STS de 4 de abril de 1905 (JC. tomo CI nº 2)
STS de 24 de mayo de 1905 (JC. tomo CI nº 73)
STS de 29 de diciembre de 1905 (JC. tomo CII nº 166)
STS de 28 de febrero de 1906 (JC. tomo CIII nº 77)
STS de 30 de noviembre de 1906 (JC. tomo CV nº 151)
STS de 6 de febrero de 1907 (JC. tomo CVI nº 45)
STS de 26 de junio de 1907 (JC. tomo CVII nº 127)
STS de 28 de febrero de 1908 (JC. tomo CX nº 77)
STS de 9 de marzo de 1908 (JC. tomo CX nº 85)
STS de 30 de enero de 1909 (JC. tomo CXIII nº 57)
STS de 30 de abril de 1909 (JC. tomo CXIV nº 88)
STS de 5 de julio de 1909 (JC. tomo CXV nº 110)
STS de 13 de diciembre de 1909 (JC. tomo CXVI nº 96)
STS de 13 de enero de 1911 (JC. tomo CXX nº 18)
STS de 25 de enero de 1911 (JC. tomo CXX nº 38)
STS de 11 de marzo de 1911 (JC. tomo CXX nº 105)
STS de 26 de abril de 1911 (JC. tomo CXX nº 39)
STS de 20 de mayo de 1911 (JC. tomo CXXI nº 78)
STS de 24 de noviembre de 1911 (JC. tomo XL nº 140)
STS de 27 de mayo de 1913 (JC. tomo CXXVII nº 89)
STS de 11 de diciembre de 1913 (JC. tomo CXXVIII nº 159)
STS de 30 de junio de 1914 (JC. tomo CXXX nº 135)
STS de 6 de julio de 1914 (JC. tomo CXXXI nº 15)
STS de 21 de octubre de 1915 (JC. tomo CXXXIV nº 50)
STS de 2 de diciembre de 1915 (JC. tomo CXXXIV nº 121)
STS de 29 de enero de 1916 (JC. tomo CXXXV nº 68)
STS de 11 de abril de 1916 (JC. tomo CXXXVI nº 25)
STS de 6 de marzo de 1917 (JC. tomo CXXXIX nº 109)
STS de 9 de mayo de 1917 (JC. tomo CXL nº 48)
STS de 18 de octubre de 1917 (JC. tomo CXLI nº 107)
STS de 8 de enero de 1918 (JC. tomo CXLII nº 10)
STS de 8 de junio de 1918 (JC. tomo CXLIII nº 107)
STS de 18 de noviembre de 1918 (JC. tomo CXLIV nº 161)
STS de 28 de enero de 1919 (JC. tomo CXLV nº 34)
STS de 5 de noviembre de 1920 (JC. tomo CLI nº 91)
STS de 11 de marzo de 1922 (JC. tomo CLV nº 93)
STS de 7 de junio de 1923 (JC. tomo CLIX nº 83)
STS de 28 de marzo de 1924 (JC. tomo CLXI nº 163)
STS de 15 de abril de 1924 (JC. tomo CLXII nº 34)
STS de 7 de mayo de 1924 (JC. tomo CLXII nº 72)

STS de 5 de junio de 1925 (JC. tomo CLXVII nº 11)
STS de 24 de febrero de 1926 (JC. tomo CLXIX nº 173)
STS de 1 de diciembre de 1927 (JC. tomo CLXXIX nº 7)
STS de 11 de enero de 1928 (JC. tomo CLXXX nº 37)
STS de 25 de octubre de 1928 (JC. tomo CLXXXV nº 131)
STS de 11 de febrero de 1929 (JC. tomo CLXXXVII nº 116)
STS de 16 de noviembre de 1929 (JC. tomo CXCI nº 42)
STS de 19 de noviembre de 1929 (JC. tomo CXCI nº 53)
STS de 10 de diciembre de 1929 (JC. tomo CXCI nº 139)
STS de 7 de febrero de 1930 (RJA. nº 1.817)
STS de 28 de febrero de 1930 (RJA. nº 718)
STS de 16 de abril de 1930 (RJA. nº 865)
STS de 8 de abril de 1931 (RJA. nº 2.003)
STS de 21 de abril de 1931 (RJA. nº 2.022)
STS de 31 de diciembre de 1931 (RJA. nº 2.333)
STS de 1 de marzo de 1932 (RJA. nº 935)
STS de 18 de mayo de 1932 (RJA. nº 1.055)
STS de 10 de enero de 1934 (RJA. nº 35)
STS de 6 de noviembre de 1934 (RJA. nº 1.781)
STS de 30 de abril de 1935 (RJA. nº 818)
STS de 10 de julio de 1935 (RJA. nº 1.553)
STS de 26 de marzo de 1940 (RJA. nº 282)
STS de 8 de julio de 1940 (RJA. nº 689)
STS de 9 de julio de 1940 (RJA. nº 691)
STS de 9 de julio de 1940 (RJA. nº 693)
STS de 10 de junio de 1941 (RJA. nº 745)
STS de 5 de diciembre de 1941 (RJA. nº 1.388)
STS de 7 de enero de 1942 (RJA. nº 4)
STS de 16 de abril de 1942 (RJA. nº 468 bis)
STS de 25 de enero de 1943 (RJA. nº 21)
STS de 17 de abril de 1943 (RJA. nº 418)
STS de 11 de octubre de 1943 (RJA. nº 1.034)
STS de 12 de febrero de 1944 (RJA. nº 233)
STS de 21 de marzo de 1944 (RJA. nº 528)
STS de 10 de abril de 1944 (RJA. nº 533)
STS de 10 de julio de 1944 (RJA. nº 911)
STS de 22 de diciembre de 1944 (RJA. nº 1.392)
STS de 6 de marzo de 1945 (RJA. nº 272)
STS de 15 de marzo de 1945 (RJA. nº 280)
STS de 19 de mayo de 1945 (RJA. nº 586)
STS de 15 de febrero de 1947 (RJA. nº 150)
STS de 23 de junio de 1947 (RJA. nº 910)

STS de 22 de junio de 1948 (RJA. nº 1.107)
STS de 30 de marzo de 1949 (RJA. nº 933)
STS de 9 de junio de 1949 (RJA. nº 730)
STS de 9 de junio de 1949 (RJA. nº 89/1951)
STS de 11 de enero de 1950 (RJA. nº 21)
STS de 11 de marzo de 1950 (RJA. nº 377)
STS de 22 de mayo de 1950 (RJA. nº 1.000)
STS de 30 de junio de 1950 (RJA. nº 1.236)
STS de 25 de noviembre de 1950 (RJA. nº 1.770)
STS de 30 de enero de 1951 (RJA. nº 89)
STS de 3 de febrero de 1951 (RJA. nº 252)
STS de 9 de marzo de 1951 (RJA. nº 1.611)
STS de 21 de abril de 1951 (RJA. nº 1.020)
STS de 11 de junio de 1951 (RJA. nº 1.879)
STS de 11 de febrero de 1952 (RJA. nº 283)
STS de 11 de febrero de 1952 (RJA. nº 284)
STS de 23 de junio de 1952 (RJA. nº 1.517)
STS de 20 de octubre de 1952 (RJA. nº 1.862)
STS de 23 de diciembre de 1952 (RJA. nº 2.670)
STS de 11 de abril de 1953 (RJA. nº 1.262)
STS de 6 de mayo de 1953 (RJA. nº 1.631)
STS de 9 de junio de 1953 (RJA. nº 1.977)
STS de 13 de marzo de 1954 (RJA. nº 1.982)
STS de 24 de mayo de 1954 (RJA. nº 1.325)
STS de 10 de noviembre de 1954 (RJA. nº 2.646)
STS de 17 de marzo de 1955 (RJA. nº 1.688)
STS de 5 de noviembre de 1955 (RJA. nº 3.100)
STS de 16 de noviembre de 1955 (RJA. nº 207/56)
STS de 26 de noviembre de 1955 (RJA. nº 3.588)
STS de 4 de mayo de 1956 (RJA. nº 1.960)
STS de 17 de mayo de 1956 (RJA. nº 1.987)
STS de 16 de octubre de 1956 (RJA. nº 3.197)
STS de 19 de diciembre de 1956 (RJA. nº 3.860)
STS de 11 de junio de 1957 (RJA. nº 2.517)
STS de 15 de octubre de 1957 (RJA. nº 3.007)
STS de 2 de noviembre de 1957 (RJA. nº 3.030)
STS de 30 de abril de 1958 (RJA. nº 1.698)
STS de 6 de mayo de 1958 (RJA. nº 1.719)
STS de 23 de mayo de 1958 (RJA. nº 1.750)
STS de 10 de junio de 1958 (RJA. nº 2.143)
STS de 19 de junio de 1958 (RJA. nº 2.163)
STS de 5 de julio de 1958 (RJA. nº 2.537)

STS de 14 de noviembre de 1958 (RJA. nº 3.790)
STS de 2 de febrero de 1959 (RJA. nº 1.060)
STS de 2 de marzo de 1959 (RJA. nº 1.089)
STS de 2 de marzo de 1959 (RJA. nº 1.498)
STS de 11 de abril de 1959 (RJA. nº 1.546)
STS de 25 de abril de 1959 (RJA. nº 1.974)
STS de 5 de diciembre de 1959 (RJA. nº 4.486)
STS de 12 de diciembre de 1959 (RJA. nº 4.499)
STS de 29 de enero de 1960 (RJA. nº 894)
STS de 4 de abril de 1960 (RJA. nº 1.667)
STS de 13 de octubre de 1960 (RJA. nº 3.085)
STS de 29 de octubre de 1960 (RJA. nº 3.447)
STS de 24 de noviembre de 1960 (RJA. nº 3.761)
STS de 24 de febrero de 1961 (RJA. nº 351)
STS de 9 de marzo de 1961 (RJA. nº 945)
STS de 28 de junio de 1961 (RJA. nº 2.748)
STS de 5 de octubre de 1961 (RJA. nº 3.285)
STS de 25 de noviembre de 1961 (RJA. nº 3.661)
STS de 27 de noviembre de 1961 (RJA. nº 4.125)
STS de 18 de mayo de 1962 (RJA. 2.753)
STS de 9 de octubre de 1962 (RJA. nº 3.608)
STS de 11 de diciembre de 1962 (RJA. nº 5.063)
STS de 24 de enero de 1963 (RJA. nº 518)
STS de 31 de enero de 1963 (RJA. nº 753)
STS de 29 de mayo de 1963 (RJA. nº 3.589)
STS de 7 de octubre de 1963 (RJA. nº 3.994)
STS de 16 de mayo de 1964 (RJA. nº 2.697)
STS de 12 de noviembre de 1964 (RJA. nº 5.080)
STS de 11 de diciembre de 1964 (RJA. nº 5.822)
STS de 19 de mayo de 1965 (RJA. nº 2.860)
STS de 20 de mayo de 1965 (RJA. nº 2.602)
STS de 28 de mayo de 1965 (RJA. nº 3.086)
STS de 25 de junio de 1965 (RJA. nº 3.939)
STS de 25 de noviembre de 1965 (RJA. nº 5.689)
STS de 7 de enero de 1966 (RJA. nº 2)
STS de 25 de febrero de 1966 (RJA. nº 852)
STS de 17 de marzo de 1966 (RJA. nº 1.227)
STS de 21 de abril de 1966 (RJA. nº 3.726)
STS de 21 de mayo de 1966 (RJA. nº 3.815)
STS de 29 septiembre de 1966 (RJA. nº 4.254)
STS de 20 de marzo de 1967 (RJA. nº 1.665)
STS de 11 de abril de 1967 (RJA. nº 2.207)

STS de 2 de junio de 1967 (RJA. nº 2.704)
STS de 27 de enero de 1968 (RJA. nº 5.704)
STS de 15 de febrero de 1968 (RJA. nº 1.058)
STS de 24 de febrero de 1968 (RJA. nº 1.213)
STS de 21 de marzo de 1968 (RJA. nº 1.742)
STS de 9 de mayo de 1968 (RJA. nº 3.721)
STS de 27 de septiembre de 1968 (RJA. nº 5.163)
STS de 25 de febrero de 1969 (RJA. nº 999)
STS de 13 de noviembre de 1969 (RJA. nº 5.172)
STS de 31 de marzo de 1970 (RJA. nº 1.854)
STS de 13 de junio de 1970 (RJA. nº 3.112)
STS de 28 de octubre de 1970 (RJA. nº 4.247)
STS de 30 de octubre de 1970 (RJA. nº 4.475)
STS de 25 de enero de 1971 (RJA. nº 288)
STS de 25 de enero de 1971 (RJA. nº 289)
STS de 21 abril de 1971 (RJA. nº 1.783)
STS de 8 de febrero de 1972 (RJA. nº 623)
STS de 20 de mayo de 1972 (RJA. nº 2.559)
STS de 27 de noviembre de 1972 (RJA. nº 4.663)
STS de 21 de abril de 1973 (RJA. nº 1.841)
STS de 15 de octubre de 1973 (RJA. nº 3.557)
STS de 10 de noviembre de 1973 (RJA. nº 4.163)
STS de 8 de febrero de 1974 (RJA. nº 484)
STS de 17 de mayo de 1974 (RJA. nº 2.068)
STS de 26 de noviembre de 1974 (RJA. nº 4.490)
STS de 30 de noviembre de 1974 (RJA. nº 4.554)
STS de 7 de enero de 1975 (RJA. nº 14)
STS de 20 de febrero de 1975 (RJA. nº 661)
STS de 25 de mayo de 1975 (RJA. nº 1.333)
STS de 23 de diciembre de 1976 (RJA. nº 5.578)
STS de 25 de junio de 1977 (RJA. nº 3.015)
STS de 19 de noviembre de 1977 (RJA. nº 4.226)
STS de 24 de enero de 1978 (RJA. nº 13)
STS de 24 de enero de 1978 (RJA. nº 21)
STS de 25 de febrero de 1980 (RJA. nº 1.010)
STS de 31 de mayo de 1980 (RJA. nº 2.724)
STS de 17 de junio de 1980 (RJA. nº 3.077)
STS de 17 de febrero de 1981 (RJA. nº 563)
STS de 24 de febrero de 1981 (RJA. nº 605)
STS de 26 de febrero de 1981 (RJA. nº 611)
STS de 13 de julio de 1981 (RJA. nº 3.076)
STS de 10 de noviembre de 1981 (RJA. nº 4.471)

STS de 3 de febrero de 1982 (RJA. nº 374)
STS de 15 de junio de 1982 (RJA. nº 3.428)
STS de 19 de julio de 1982 (RJA. nº 4.256)
STS de 13 de diciembre de 1982 (RJA. nº 7.477)
STS de 13 de diciembre de 1982 (RJA. nº 9.033 del año 1988)
STS de 27 de diciembre de 1982 (RJA. nº 8.065)
STS de 13 de mayo de 1983 (RJA. nº 2.819)
STS de 20 de febrero de 1984 (RJA. nº 695)
STS de 22 de marzo de 1984 (RJA. nº 1.317)
STS de 16 de mayo de 1984 (RJA. nº 2.415)
STS de 17 de enero de 1985 (RJA. nº 181)
STS de 26 de enero de 1985 (RJA. nº 200)
STS de 14 de febrero de 1985 (RJA. nº 553)
STS de 21 de marzo de 1985 (RJA. nº 1.192)
STS de 5 de junio de 1985 (RJA. nº 3.095)
STS de 2 de julio de 1985 (RJA. nº 3.636)
STS de 13 de julio de 1985 (RJA. nº 4.052)
STS de 4 de diciembre de 1985 (RJA. nº 6.202)
STS de 7 de enero de 1986 (RJA. nº 99)
STS de 10 de marzo de 1986 (RJA. nº 1.168)
STS de 14 de abril de 1986 (RJA. nº 1.849)
STS de 26 de mayo de 1986 (RJA. nº 2.822)
STS de 13 de junio de 1986 (RJA. nº 3.547)
STS de 20 de junio de 1986 (RJA. nº 4.558)
STS de 21 de junio de 1986 (RJA. nº 3.787)
STS de 7 de julio de 1986 (RJA. nº 4.414)
STS de 21 de julio de 1986 (RJA. nº 4.575)
STS de 26 de septiembre de 1986 (RJA. nº 4.793)
STS de 9 de octubre de 1986 (RJA. nº 5.505)
STS de 14 de noviembre de 1986 (RJA. nº 6.392)
STS de 16 de febrero de 1987 (RJA. nº 694)
STS de 21 de abril de 1987 (RJA. nº 2.720)
STS de 12 de mayo de 1987 (RJA. nº 3.438)
STS de 20 de octubre de 1987 (RJA. nº 7.303)
STS de 21 de noviembre de 1987 (RJA. nº 8.638)
STS de 31 de diciembre de 1987 (RJA. nº 9.715)
STS de 1 de febrero de 1988 (RJA. nº 581)
STS de 15 de febrero de 1988 (RJA. nº 1.987)
STS de 18 de marzo de 1988 (RJA. nº 10.355)
STS de 23 de marzo de 1988 (RJA. nº 2.422)
STS de 5 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.298)
STS de 7 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.301)

STS de 17 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.475)
STS de 19 de diciembre de 1988 (RJA. nº 9.479)
STS de 29 de diciembre de 1988 (RJA. nº 10.071)
STS de 8 de marzo de 1989 (RJA. nº 2.023)
STS de 27 de marzo de 1989 (RJA. nº 2.198)
STS de 3 de junio de 1989 (RJA. nº 4.289)
STS de 13 de julio de 1989 (RJA. nº 5.610)
STS de 6 de diciembre de 1989 (RJA. nº 8.805)
STS de 1 de febrero de 1990 (RJA. nº 647)
STS de 22 de marzo de 1990 (RJA. nº 1.719)
STS de 30 de marzo de 1990 (RJA. nº 1.741)
STS de 9 de abril de 1990 (RJA. nº 2.707)
STS de 12 de junio de 1990 (RJA. nº 4.754)
STS de 14 de julio de 1990 (RJA. nº 5.860)
STS de 8 de octubre de 1990 (RJA. nº 7.482)
STS de 7 de noviembre de 1990 (RJA. nº 8.532)
STS de 7 de enero de 1991 (RJA. nº 110)
STS de 25 de enero de 1991 (RJA. nº 317)
STS de 7 de febrero de 1991 (RJA. nº 1.153)
STS de 5 de marzo de 1991 (RJA. nº 1.718)
STS de 18 de marzo de 1991 (RJA. nº 2.264)
STS de 26 de marzo de 1991 (RJA. nº 2.450)
STS de 16 de mayo de 1991 (RJA. nº 3.704)
STS de 1 de julio de 1991 (RJA. nº 5.314)
STS de 22 de octubre de 1991 (RJA. nº 7.860)
STS de 22 de noviembre de 1991 (RJA. nº 8.477)
STS de 17 de febrero de 1992 (RJA. nº 1.258)
STS de 14 de abril de 1992 (RJA. nº 4.417)
STS de 28 de mayo de 1992 (RJA. nº 4.391)
STS de 13 de junio de 1992 (RJA. nº 5.131)
STS de 24 de julio de 1992 (RJA. nº 6.548)
STS de 20 de octubre de 1992 (RJA. nº 8.090)
STS de 5 de noviembre de 1992 (RJA. nº 9.221)
STS de 24 de noviembre de 1992 (RJA. nº 9.367)
STS de 23 de diciembre de 1992 (RJA. nº 10.689)
STS de 26 de enero de 1993 (RJA. nº 365)
STS de 19 de febrero de 1993 (RJA. nº 996)
STS de 30 de marzo de 1993 (RJA. nº 2.541)
STS de 14 de junio de 1993 (RJA. nº 4.838)
STS de 28 de septiembre de 1993 (RJA. nº 6.657)
STS de 20 de noviembre de 1993 (RJA. nº 9.175)
STS de 16 de diciembre de 1993 (RJA. nº 10.097)

STS de 23 de diciembre de 1993 (RJA. nº 10.113)
STS de 31 de enero de 1994 (RJA. nº 642)
STS de 14 de marzo de 1994 (RJA. nº 1.779)
STS de 26 de marzo de 1994 (RJA. nº 2.523)
STS de 29 de abril de 1994 (RJA. nº 2.946)
STS de 30 de septiembre de 1994 (RJA. nº 7.144)
STS de 1 de octubre de 1994 (RJA. nº 7.439)
STS de 4 de febrero de 1995 (RJA. nº 739)
STS de 8 de marzo de 1995 (RJA. nº 2.158)
STS de 15 de marzo de 1995 (RJA. nº 2.654)
STS de 14 de junio de 1995 (RJA. nº 6.010)
STS de 19 de junio de 1995 (RJA. nº 5.320)
STS de 7 de julio de 1995 (RJA. nº 5.565)
STS de 8 de julio de 1995 (RJA. nº 5.552)
STS de 25 de septiembre de 1995 (RJA. 6669)
STS de 24 de octubre de 1995 (RJA. nº 7.846)
STS de 30 de octubre de 1995 (RJA. nº 7.653)
STS de 29 de noviembre de 1995 (RJA. nº 8.899)
STS de 15 de febrero de 1996 (RJA. nº 1.406)
STS de 2 de abril de 1996 (RJA. nº 2.985)
STS de 17 de julio de 1996 (RJA. nº 5.800)
STS de 31 de octubre de 1996 (RJA. nº 7.731)
STS de 30 de diciembre de 1996 (RJA. nº 9.124)
STS de 30 de diciembre de 1996 (RJA. nº 9.379)
STS de 18 de febrero de 1997 (RJA. nº 715)
STS de 22 de febrero de 1997 (RJA nº 1.191)
STS de 16 de junio de 1997 (RJA. nº 5.411)
STS de 19 de junio de 1997 (RJA. nº 5.424)
STS de 6 de octubre de 1997 (RJA. nº 7.356)
STS de 23 de octubre de 1997 (RJA. nº 7.335)
STS de 26 de enero de 1998 (RJA. nº 276)
STS de 27 de enero de 1998 (RJA. nº 394)
STS de 16 de febrero de 1998 (RJA. nº. 868)
STS de 23 de junio de 1998 (RJA. nº 4.745)
STS de 3 de febrero de 1999 (RJA. nº 747)
STS de 15 de febrero de 1999 (RJA. nº 1.240)
STS de 23 de febrero de 1999 (RJA. nº 1.851)
STS de 8 de marzo de 1999 (RJA. nº 1.855)
STS de 18 de marzo de 1999 (RJA. nº 1.859)
STS de 30 de abril de 1999 (RJA. nº 3.423)
STS de 8 de junio de 1999 (RJA. nº 4.103)
STS de 20 de septiembre de 1999 (RJA. nº 6.361)

STS de 25 de febrero de 2000 (RJA. nº 1.016)
STS de 27 de octubre de 2000 (RJA. nº 8.554)
STS de 21 de diciembre de 2000 (RJA. nº 9.336)
STS de 29 de diciembre de 2000 (RJA. nº 9.443)
STS de 8 de marzo de 2001 (RJA. nº 2.597)
STS de 16 de marzo de 2001 (RJA. nº 3.199)
STS de 20 de febrero de 2002 (RJA. nº 2.893)
STS de 22 de mayo de 2002 (RJA. nº 5.253)
STS de 17 de octubre de 2002 (RJA. nº 8.968)
STS de 22 de octubre de 2002 (RJA. nº 8.970)
STS de 26 de noviembre de 2002 (RJA. nº 9.518)
STS de 19 de diciembre de 2002 (RJA. nº 51 del 2003)
STS de 24 de enero de 2003 (RJA. nº 1.995)
STS de 28 de febrero de 2003 (RJA. nº 2.155)
STS de 13 de marzo de 2003 (RJA. nº 2.582)
STS de 14 de mayo de 2003 (RJA. nº 477)
STS de 25 de julio de 2003 (RJA. nº 6.938)
STS de 6 de noviembre de 2003 (RJA. nº 8.266)
STS de 4 de diciembre de 2003 (RJA. nº 8.526)
STS de 15 de diciembre de 2003 (RJA. nº 74/2004)
STS de 26 de febrero de 2004 (RJA. nº 1.750)
STS de 30 de marzo de 2004 (RJA. nº 1.975)
STS de 5 de mayo de 2004 (RJA. nº 2.095)
STS de 28 de mayo de 2004 (RJA. nº 3.551)
STS de 28 de mayo de 2004 (RJA. nº 3.928)
STS de 12 de julio de 2004 (RJA. nº 4.376)
STS de 25 de noviembre de 2004 (RJA. nº 7.252)
STS de 27 de noviembre de 2004 (RJA. nº 7.199)
STS de 25 de enero de 2005 (RJA. nº 1.159)
STS de 4 de febrero de 2005 (RJA. nº 914)

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS
REGISTROS Y DEL NOTARIADO
CITADAS**

Resolución de la DGRN. de 12 de noviembre de 1895 (JC. tomo LXXVIII nº 42)
Resolución de la DGRN. de 22 de enero de 1898 (JC. tomo LXXXIII nº 36)
Resolución de la DGRN. de 14 de marzo de 1901 (JC. tomo XCI nº 68)
Resolución de la DGRN. de 14 de marzo de 1903 (JC. tomo XCV nº 85)
Resolución de la DGRN. de 26 de septiembre de 1904 (JC. tomo XCVIII nº 178)
Resolución de la DGRN. de 26 de enero de 1906 (JC. tomo CIII nº 33)
Resolución de la DGRN. de 26 de febrero de 1906 (JC. tomo CIII nº 72)
Resolución de la DGRN. de 30 de abril de 1906 (JC. tomo CIV nº 37)
Resolución de la DGRN. de 11 de septiembre de 1907 (JC. tomo CVIII nº 58)
Resolución de la DGRN. de 6 de junio de 1911 (JC. tomo CXXI nº 95)
Resolución de la DGRN. de 31 de enero de 1912 (JC. tomo CXXIII nº 40)
Resolución de la DGRN. de 6 de noviembre de 1912 (JC. tomo CXXV nº 55)
Resolución de la DGRN. de 2 de agosto de 1913 (JC. tomo CXXVIII nº 33)
Resolución de la DGRN. de 10 de diciembre de 1913 (JC. tomo CXXVIII nº 158)
Resolución de la DGRN. de 22 de agosto de 1914 (JC. tomo CXXXI nº 51)
Resolución de la DGRN. de 30 de junio de 1915 (JC. tomo CXXXIII nº 135)
Resolución de la DGRN. de 27 de febrero de 1922 (JC. tomo CLV nº 74)
Resolución de la DGRN. de 13 de septiembre de 1922 (JC. tomo CLVII nº 25)
Resolución de la DGRN. de 16 de noviembre de 1922 (JC. tomo CLVII nº 110)
Resolución de la DGRN. de 21 de febrero de 1923 (JC. tomo CLVIII nº 81)
Resolución de la DGRN. de 6 de marzo de 1923 (JC. tomo CLVIII nº 102)
Resolución de la DGRN. de 25 de agosto de 1923 (JC. tomo CLX nº 37)
Resolución de la DGRN. de 29 de agosto de 1925 (JC. tomo CLXVII nº 114)
Resolución de la DGRN. de 6 de diciembre de 1926 (JC. tomo CLXXII nº 149)
Resolución de la DGRN. de 9 de marzo de 1927 (JC. tomo CLXXIV nº 32)
Resolución de la DGRN. de 27 de marzo de 1930 (RJA. nº 1.822)
Resolución de la DGRN. de 8 de julio de 1933 (RJA. nº 249)
Resolución de la DGRN. de 20 de septiembre de 1933 (RJA. nº 276 bis)
Resolución de la DGRN. de 15 de julio de 1943 (RJA. nº 944)
Resolución de la DGRN. de 30 de octubre de 1943 (RJA. nº 1.160)
Resolución de la DGRN. de 16 de noviembre de 1944 (RJA. nº 1.386)
Resolución de la DGRN. de 12 de septiembre de 1947 (RJA. nº 1.045)
Resolución de la DGRN. de 22 de diciembre de 1949 (RJA. nº 336)
Resolución de la DGRN. de 12 de abril de 1951 (RJA. nº 1.145)
Resolución de la DGRN. de 10 de julio de 1952 (RJA. nº 1.632)
Resolución de la DGRN. de 20 de octubre de 1958 (RJA. nº 3.966)
Resolución de la DGRN. de 3 de febrero de 1959 (RJA. nº 494)
Resolución de la DGRN. de 2 de febrero de 1960 (RJA. nº 165)
Resolución de la DGRN. de 6 de abril de 1962 (RJA. nº 1.712)

Resolución de la DGRN. de 2 de diciembre de 1964 (RJA. nº 5.928)
Resolución de la DGRN. de 20 de septiembre de 1967 (RJA. nº 4.367)
Resolución de la DGRN. de 14 de abril de 1969 (RJA. nº 4.172)
Resolución de la DGRN. de 10 de enero de 1974 (RJA. nº 3.055)
Resolución de la DGRN. de 1 de octubre de 1984 (RJA. nº 5.183)
Resolución de la DGRN. de 22 de mayo de 1986 (RJA. nº 3.042)
Resolución de la DGRN. de 3 de junio de 1986 (RJA. nº 3.838)
Resolución de la DGRN. de 16 de octubre de 1986 (RJA. nº 6.068)
Resolución de la DGRN. de 27 de noviembre de 1986 (RJA. nº 6.880)
Resolución de la DGRN. de 24 de abril de 1990 (RJA. nº 2.946)
Resolución de la DGRN. de 14 de marzo de 1991 (RJA. nº 2.540)
Resolución de la DGRN. de 28 de febrero de 1992 (RJA. nº 2.881)
Resolución de la DGRN. de 25 de junio de 1997 (RJA. nº 4.571)
Resolución de la DGRN. de 24 de septiembre de 1998 (RJA. nº 6.598)
Resolución de la DGRN. de 18 de noviembre de 1998 (RJA. nº 8.537)
Resolución de la DGRN. de 26 de noviembre de 1998 (RJA. nº 8.541)