

# Problemática de la partición por causante

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Abogada especializada en Derecho de Familia, Responsabilidad Civil  
y Derecho de Sucesiones. Doctora en Derecho.*

*Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica y del Máster de Acceso a la Abogacía  
de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera (Cádiz)*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.
- II. DISTINCIÓN ENTRE PARTICIÓN PROPIAMENTE DICHA Y PARTICIÓN POR EL TESTADOR.
- III. REQUISITOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR.
- IV. EFECTOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR.
- V. LA PARTICIÓN POR EL TESTADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008.
- VI. REFERENCIA AL ARTÍCULO 1056.2.º DEL CÓDIGO CIVIL.

## I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La partición hecha por el propio testador es una de las clases, o tipos, de partición, admitidas en el Código Civil. Efectivamente; el artículo 1056.1 de dicho *corpus* legal, dispone 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 la legítima de los herederos forzosos».

Esta norma no está referida a aquellos supuestos en que el testador distribuye todos sus bienes en el propio testamento mediante legados, o mediante

instituciones de heredero *ex re certa*, porque, en estos supuestos, propiamente no existe partición y, por tanto, la denominación no sería correcta.

Tampoco se trata del caso, frecuente, de testamento con algunas disposiciones particionales, que no son simples ruegos o deseos más o menos vehementes del testador en relación con sus bienes, o con una parte de los mismos, porque, en estos supuestos, la voluntad del testador marca directrices para cuando los herederos partan, o bien que se adjudique, en la partición, a o más herederos bienes determinados a cuenta de lo que les corresponde, sin perjuicio de que el resto lo partan los herederos de común acuerdo, y, con frecuencia, con la premisa de la disposición igualitaria.

El supuesto que el precepto civil contempla, en consecuencia, es —al menos, el caso habitual— el de testamento en el que el testador, después de instituir herederos en cuotas de la herencia, llena esas cuotas con distribución de sus bienes determinados entre esos herederos, y esta ordenación de la composición de los lotes puede hacerlo en testamento, o bien en acto separado.

## II. DISTINCIÓN ENTRE PARTICIÓN PROPIAMENTE DICHA Y PARTICIÓN POR EL TESTADOR

La partición propiamente dicha es aquella en la que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, lo que, en pura lógica, supondría, y conllevaría, la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación y formación de lotes, con adjudicación de los mismos—. En cambio, en las normas para la partición, el testador se limita a expresar su voluntad de que, cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que él mismo indique.

Cabe preguntarse si es importante efectuar, con claridad, esta distinción y si tiene relevancia práctica. La respuesta es que la distinción no es en absoluto baladí. Pensemos que la simple norma para la partición vincula a los herederos o, en su caso, al contador-partidor, en el sentido de que, al hacer la partición, habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que ello sea posible, al heredero, o herederos, de que se trate los bienes a los que se refiera la disposición testamentaria.

Por el contrario, la verdadera partición testamentaria determina, una vez fallecido el testador, la adquisición directa, por derecho hereditario, de los bienes adjudicados a cada heredero. Tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1986, se aplica el artículo 1068 del Código Civil, según el cual la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

No obstante, es posible que existan dudas —y que surjan con relativa frecuencia estas— sobre si se trata de una verdadera partición testamentaria o

no. Pensemos en el supuesto en que el testador distribuye sus bienes entre los herederos, pero sin practicar las operaciones que, normalmente, entraña una partición. La sentencia citada anteriormente, de 21 de julio de 1986, despeja la duda, en sentido afirmativo: se había pretendido la inaplicabilidad del artículo 1068 del Código Civil, porque los testadores —un matrimonio— habían procedido a repartir sus bienes sin formalizar un inventario, ni practicar la liquidación, por lo que, a juicio del actor, no se estaba ante una partición testamentaria propiamente dicha. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que el artículo 1068 era aplicable al caso, «sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador».

Parece ahora oportuno hacer una referencia, breve, a los requisitos de la partición hecha por el testador.

### III. REQUISITOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR

Para la existencia de partición hecha por testador, es requisito ineludible la existencia de testamento previo, simultáneo o posterior.

Un sector doctrinal ha defendido la tesis, en nuestro país, de que la partición por acto entre vivos a la que la norma civil se refiere —y a la que, en cierto sentido, parece aludir el artículo 1271.II del Código Civil— es un supuesto, híbrido, de donación y partición, semejante a la figura de la *donation-partage* del Derecho francés, en el que, con la concurrencia y aceptación de todos los herederos, se produce un desprendimiento irrevocable de los bienes.

Pero una gran mayoría de autores repudian esta tesis, así como la propia Jurisprudencia, rechazando que esa figura jurídica francesa sea admisible en nuestro Ordenamiento Jurídico. Hay que entender que la partición a que se refiere el artículo 1056 del Código Civil exige siempre la existencia de un testamento, aunque pueda formalizarse en documento independiente y con forma de un acto entre vivos, porque, en realidad, recibe su fuerza de un testamento anterior, simultáneo o ulterior, para confirmarla, de modo que, si el testamento se revoca, la partición, formalmente independiente, queda revocada. Por tanto, siempre se va a tratar de un acto *mortis causa* y, en consecuencia, esencialmente revocable en todo caso. Ni siquiera la intervención de los herederos en esa partición realizada por acto entre vivos modifica la naturaleza del acto, ni afecta a su revocabilidad, no habiendo transmisión de los bienes a los que la partición se refiere, tal como pusieron de relieve las sentencias del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 1903, 6 de marzo de 1945 y 26 de octubre de 1960.

Cabría preguntarse qué sucede cuando se plantea la siguiente problemática: la partición contradice el testamento, o no se dispone en este a favor de los mismos adjudicatarios, o testamentariamente se dispone de los bienes de forma distinta a la que resulta de la partición realizada por acto entre vivos.

En estos supuestos, la partición queda ineficaz, prevaleciendo el testamento, porque, de admitir una tesis contraria, se estaría disponiendo *mortis causa* sin guardar las solemnidades legales y el testamento anterior quedaría revocado por una partición entre vivos, vulnerándose, con ello, lo preceptuado por el artículo 738 de nuestro Código Civil.

Otro requisito exigido es que los bienes han de ser propiedad del testador. Aunque al otorgar el testamento, o realizar la partición, no lo sean, sí hay que exigir que lo sean en el momento del fallecimiento.

José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ se planteaba si el testador puede incluir en la partición bienes gananciales<sup>1</sup>. En nuestro país, tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado han coincidido en afirmar que el causante no podrá distribuir bienes de la comunidad de gananciales.

Sin embargo, el autor anteriormente citado, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, ha puesto de relieve que sí cabe admitir que los cónyuges, en testamentos simultáneos, prevean la forma de liquidar la sociedad de gananciales y hagan a continuación la partición de sus respectivas herencias conforme a la liquidación coincidente. De este modo, no se conculca la prohibición de testar de forma mancomunada. Lo que ocurre es que esa liquidación no tiene carácter vinculante, por lo que, si uno de los cónyuges revoca su testamento, se viene abajo tanto la proyectada liquidación de la sociedad conyugal cuanto la partición consiguiente. Si uno de los testadores ha fallecido sin revocar su testamento, y el otro no ha revocado el suyo al tiempo de liquidar la sociedad, la liquidación de esta habrá de hacerse conforme a lo convenido y la partición testamentaria del cónyuge premuerto será eficaz, y asimismo la del sobreviviente, salvo que decida rectificarla, revocando o alterando el testamento que le sirve de base.

También se puede plantear el tema de si es posible que los cónyuges, por acto entre vivos y con carácter de convenio vinculante, acuerden la forma en que se liquidará la sociedad de gananciales cuando se disuelva por muerte de uno de ellos.

Para contestar a esta interrogante, se han planteado, en la práctica, diversas teorías. Hay una tesis que es favorable a esta posibilidad, lo que daría una mayor probabilidad de aplicación a la partición testamentaria hecha por uno de los cónyuges o por ambos. Si los cónyuges pueden disolver la sociedad de gananciales con efectos inmediatos, debe admitirse que difieran la liquidación al

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos, «La partición», en *Jornadas de Derecho Sucesorio. La herencia*, El Puerto de Santa María, 28 y 29 de noviembre de 2003.

momento del fallecimiento de uno de los esposos. Se trataría de una liquidación y división del patrimonio ganancial ya dispuesta y preparada.

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1986, citada anteriormente, declaró válida la partición realizada por ambos esposos en sus testamentos respectivos, distribuyendo los bienes, todos de carácter ganancial. Otras sentencias, anteriores en el tiempo, habían admitido esta posibilidad.

#### IV. EFECTOS DE LA PARTICIÓN POR TESTADOR

Los efectos quedan establecidos en el artículo 1056 del Código Civil, al expresar que «se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos».

La partición así practicada —que tiene efectos inmediatos, según el art. 1068 del Código Civil— deberá ser acatada por todos los herederos, aunque en ella el testador no se haya atendido a la regla de igualdad cualitativa en la formación de los lotes a que se refiere el artículo 1061 del Código Civil. En tales casos, es innecesaria la aprobación judicial de la partición, aunque alguno de los coherederos sea menor o incapacitado.

El único límite, por tanto, es el respeto a la legítima, ya que el testador no podrá imponer cargas sobre la legítima, *ex* artículo 813 del Código Civil, ni podrá adjudicar a un heredero forzoso bienes que no alcancen a cubrir su legítima. La vía establecida por el legislador para corregir la infracción del deber legitimario no es la acción de suplemento, sino la de rescisión, *ex* artículo 1075 del Código Civil. La diferencia es importante, ya que la acción rescisoria es, en principio, solamente personal, y porque, además, permite que el perjuicio se subsane mediante una compensación en metálico, conforme al artículo 1077 del Código Civil.

Hay que subrayar, por lo que al tema respecta, y ya en relación con la sentencia que va a ser objeto de estudio a continuación, que, a salvo la legítima, la partición hecha por el testador es inatacable por diferencias de valor, originadas o sobrevenidas, entre lo efectivamente recibido por el coheredero y la cuota por la que se le instituye, pero, en cualquier caso, hay que entender que se tratará de un problema de interpretación de la voluntad del testador, en la que habrá que estar a lo establecido en el artículo 675 del Código Civil, que establece que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

Con motivo de una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo, dictada el 4 de noviembre de 2008, entro a analizar la misma, esbozando, en primer lugar, unas ideas sobre este tipo de partición.

## V. LA PARTICIÓN POR EL TESTADOR: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008

Voy a entrar a analizar, una vez vista la regulación de nuestro Código Civil con respecto a la partición realizada por el propio testador, una interesante sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en fecha 4 de noviembre de 2008. Los hechos se recondujeron a los siguientes: D. M. había otorgado testamento abierto, al mismo tiempo que su esposo, D. L., y con idéntico contenido. En dicho testamento, hacía sendos prelegados a favor de cada uno de sus dos hijos, sin trascendencia en el proceso. Sí, en cambio, tiene trascendencia la institución de herederos con aplicación explícita del artículo 1056 del Código Civil, con el texto siguiente: «sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde a su citado esposo y que en el supuesto de sobrevivir a la testadora, le confirma, instituye herederos a sus dos nombrados hijos y, haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye entre los mismos su herencia, a saber: a su hija Teresa, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora de la casa sita en ..., Calle (...) término de Gilet y del terreno anexo a la misma y del piso número 015, puerta (...) que precisamente recae encima de la farmacia de dicha hija; todo ello en pleno dominio. A su hijo Federico se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora del piso sito en Valencia, Calle (...), Número (...), puerta (...) y de la casa en el Camino de Santo Espíritu, del término municipal de Gilet; todo ello en pleno dominio. Y el resto de sus bienes, a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. Es voluntad de la testadora se respete esta partición, aun cuando su valor fuere desigual, entendiéndose que el exceso que pueda existir a favor de cualquiera de ellos se impute como legado o mejora a favor del que resulte beneficiado. El hijo que le premuera será sustituido vulgarmente por sus descendientes, por el orden legal de sucesión».

La testadora falleció el 16 de junio de 1996. Del matrimonio habían nacido dos hijos, Teresa y Federico, falleciendo posteriormente Teresa, dejando los siguientes hijos: Elisa, Carlos, Víctor y Claudia.

Federico interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra sus sobrinos, solicitando que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º que se ordenare la práctica de la partición de la herencia de D. M. —su madre— procediendo en su consecuencia a la formación del cuerpo general de bienes mediante el oportuno inventario de los mismos, con inclusión del activo y pasivo, en su caso, y procediéndose a las adjudicaciones que fueren pertinentes en derecho, mediante la formación de las hijuelas correspondientes, todo ello respetando la legítima que le correspondía por Ley; 2.º que, a los efectos de la división de la herencia que se interesa, se declare que los bienes que constituyen la herencia de D. M. son los que se describen a continuación ( y que omito para evitar la farragosidad).

3.º Que proceda a la aceptación y partición de la herencia que es objeto de este procedimiento previo el correspondiente inventario y avalúo de cuantos bienes forman parte de la misma.

Los demandados contestaron a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia estimando el recurso interpuesto por el actor y condenando a los demandados a someterse a la partición hereditaria y de carácter judicial promovida, con formación del inventario, avalúo, división y liquidación respecto de los bienes de D. M.

Interpuesto recurso de casación por los sobrinos de Federico, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La cuestión jurídica que se planteó en este proceso gira en torno al testamento otorgado por D. M., en el que hacía sendos prelegados a favor de cada uno de sus hijos, pero que no tenían trascendencia en el proceso iniciado más tarde.

En cambio, sí tiene trascendencia la institución de herederos con aplicación explícita del artículo 1056 del Código Civil.

La testadora adjudicó a su hijo Federico un piso sito en Valencia que, con anterioridad al momento de su fallecimiento, había vendido, junto con su esposo, a un tercero. Por lo tanto, en virtud del aforismo *nemo dat quod non habet*, hay que entender que dicho inmueble no formaba ya parte del caudal hereditario.

El hijo varón, Federico, precisamente, interpuso demanda contra los hijos de su hermana fallecida, es decir, contra sus sobrinos, sustitutos vulgares de la causante, pero no ejerció la acción de complemento de legítima.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda por entender que se había practicado la partición por la propia testadora y se habían adjudicado los bienes concretos a los herederos. Esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial de Valencia, que estimó la demanda y condenó a los demandados «a someterse a la partición hereditaria y de carácter judicial promovida, con formación de inventario, avalúo, división y liquidación respecto de los bienes de la causante... en ejecución de sentencia».

En cuanto a la partición hecha por la testadora, no es preciso que esta comprenda absolutamente todos los bienes de la causante, cabiendo una partición adicional de los no comprendidos en ella, porque, al hacer testamento, la testadora no sabía qué bienes iban a formar parte del caudal hereditario en el momento futuro, es decir, en el momento de la apertura de la sucesión. Ningún testador puede saber, en el momento en que hace la partición, el alcance exacto de sus bienes en el momento de su fallecimiento, porque se está ante un evento que aún no ha llegado, que está por determinar. En ese sentido, el causante solo va a poder disponer de los bienes que, en ese momento, sean suyos, y, si está casado, no podrá disponer de la mitad de sus bienes gananciales, ya que desconoce también su importe, el cual solo se concreta cuando se ha procedido a liquidar la sociedad de gananciales.

La partición hecha por testador tiene ventajas prácticas significativas, ya que admite la distribución y partición de bienes entre los herederos, sin necesidad de nombrar contador-partidor. La sentencia de 6 de marzo de 1945 destacó que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador. Recordemos, a este respecto, que la voluntad última del testador es la ley de la sucesión y a ella hay que estar.

Las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998 se ocuparon de los efectos de esta clase de partición, afirmando que confiere a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Esta partición no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita, puesto que no llega a formarse.

Ahora bien; uno de los temas que, sin duda, plantea alguna complejidad está referido a aquella partición que no comprende todos los bienes del causante, todo su patrimonio, sino una parte tan solo de ese patrimonio.

A este respecto, polémico, dio respuesta la sentencia de 6 de marzo de 1945, al pronunciarse en los siguientes términos: «ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079, causa de rescisión de las particiones».

El artículo 1079 del Código Civil, al aludir a los efectos que tiene la omisión de bienes o valores de la herencia, afirma que no da lugar a la rescisión de la partición por lesión, sino, simplemente, a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

Esta adición a la partición presupone —implica— la existencia de unos bienes que no se han repartido, no han sido objeto de la partición realizada, en su día, por el causante y, por lo tanto, sobre ellos persiste la comunidad hereditaria. No se trata de un remedio más para la lesión y, en particular, para nivelar las equivocaciones cometidas al valorar los bienes que se atribuyen sin comprobar su real equidad. Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA<sup>2</sup>, es preciso que realmente haya omisión, y no adjudicación bajo el falso presupuesto de ser el bien menos valioso, o con otro contenido.

Según la sentencia de 8 de junio de 1945, el artículo 1079 del Código Civil es inaplicable «cuando no se trata de suplir la omisión de objetos o valores de la herencia en una partición, sino de la rectificación de la misma en puntos tan esenciales como la calificación jurídica de los bienes que forman parte del haber de la sociedad conyugal y la consiguiente determinación del remanente líquido de la misma. Es preciso, por tanto, que haya propia omisión de un objeto o valor con individualidad específica».

---

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982.



La sentencia de 26 de febrero de 1979 afirmó que no solo procede la partición adicional cuando no se han incluido ciertos bienes en el inventario, sino también cuando la omisión alcance a las valoraciones o cuando las efectuadas redunden en perjuicio del principio de igualdad en la formación de los lotes.

El artículo 1079 del Código Civil, ya citado anteriormente, concuerda, de manera armónica y coherente, con el principio del *favor partitionis*, tal como destacó, asimismo, nuestra Jurisprudencia en sentencia de 13 de marzo de 2003, entre otras muchas que omito para evitar la farragosidad. La sentencia de 4 de febrero de 1994 declaró que «se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la ascendiente, que el artículo 1056 del Código Civil autoriza realizar mediante testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal hereditario patrimonial entre los dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su fallecimiento. Su raíz y fundamento se encuentra no solo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que, de esta manera, expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados».

La sentencia, ya citada anteriormente, de 6 de marzo de 1945 incidió en que la facultad que tienen los interesados en la partición, bien para impugnarla, o para pedir su modificación, rescisión, o nulidad, ha de ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales, o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar. Asimismo, esta sentencia puso de relieve que se trata en esencia de una partición, o división, hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica siempre un acto de última voluntad. También se pone de manifiesto que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a esta el padre y no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

Esta misma resolución citada hizo hincapié en la necesidad de respetar el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código Civil, muy restrictiva en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable, en cuanto ello sea posible, a la subsistencia de estas.

La sentencia de 4 de febrero de 1994, en sede de particiones hechas por el causante, declaró que «la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señala prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos» (art. 1075 del CC).

En el supuesto analizado, en concreto, en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008, la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a una u otro de sus hijos,

en cuyo caso dispuso que el mayor valor de uno de los dos supusiera «que se impute como legado o mejora a favor del que resulte beneficiado».

La estimación del recurso de casación es evidente, al formularse sobre un solo motivo, tomando como fundamentación el artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 675, 1056 y 1079 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de dichos preceptos.

Veamos los preceptos civiles: en primer lugar, el artículo 675 del Código Civil es infringido, relativo a la interpretación de los testamentos. Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial en este punto, hay que señalar que la repetición del principio de la preeminencia absoluta de la voluntad del causante y la necesidad de buscar siempre su intención es incesante. En este sentido, hay que subrayar que el intérprete nunca podrá forjar una disposición nueva, si el testador no la ha formulado, y aunque quisiera, eventualmente, formularla y no hubiere la menor duda sobre cuál hubiera sido su tenor de haberla formulado, tal como expresaba LACRUZ BERDEJO<sup>3</sup>.

En caso contrario, estarían de más las estrictas solemnidades que se imponen al otorgamiento del testamento, al ser válida una presunta voluntad testamentaria que no ha sido expresa.

En sede de interpretación de testamentos, la sentencia de 5 de marzo de 1944 es carismática a este respecto, en un caso en el que el recurrente mantenía que las disposiciones testamentarias debían entenderse en el sentido literal o gramatical de sus palabras, salvo el caso de oscuridad o ambigüedad, de tal modo que, solo en este último supuesto, o sea, en el de que haya duda acerca del sentido literal de las palabras utilizadas, ha de penetrarse en cuál haya sido la intención del testador, pudiendo entonces y para esta indagación acudir a los elementos de interpretación lógica y sistemática. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso, porque toda interpretación, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, ha de ir dirigida a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenidas en la Ley o en el acto jurídico, sin limitarse al sentido aparente e inmediato que resulte de las palabras. Según la sentencia de 6 de febrero de 1958, «la interpretación de los negocios jurídicos *mortis causa* ha de hacerse en función subjetiva de la voluntad del causante... voluntad manifiesta en signos o palabras escritos... que responden a la intención de aquel, indagada por el intérprete a través del elemento gramatical conocido, no según el lenguaje ordinario de la comunidad en el sector social en que se hallaba nucleado el agente, sino en el propio y peculiar de este al referirse concretamente a

---

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*

sus bienes y derechos en la vida de relación, ya que en otro supuesto podría incidir el juzgador en la grave falta de sustituir la voluntad real con otra no conocida con exactitud».

La sentencia objeto de análisis incide en que se ha infringido, asimismo, el artículo 1056 del Código Civil en un doble sentido, ya que este corpus legal prevé que no se incluyan todos los bienes del patrimonio hereditario en la partición, sin que, por ello, la partición haya de devenir ineficaz. No es requisito, como ya ha quedado expuesto, que la partición incluya todos los bienes, absolutamente todos, del patrimonio hereditario. La testadora, en el caso de autos, precisamente hizo una referencia especial al resto de sus bienes, posiblemente con la finalidad de que no se produjeran conflictos familiares —pero sin conseguir este objetivo—.

Es evidente que hubo una partición hecha por la causante, evitando la existencia de la comunidad hereditaria, y sin perjuicio de que debiera hacerse de una parte, resto de sus bienes, prevista y no partida. También parece claro, a todas luces, que no cabía lugar a la acción procesal ejercitada, que se encaminaba a obtener el mandato de practicar la partición con todos sus presupuestos y fases, incluyendo una declaración de los bienes que conforman el inventario.

Hay que resaltar que no se ejercitó la acción de complemento de la legítima, prevista en el artículo 815 del Código Civil, pero tampoco consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado a uno de los hijos en su legítima.

## VI. REFERENCIA AL ARTÍCULO 1056.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

El párrafo segundo de este artículo 1056 del Código Civil fue introducido por la Ley 7/2003, de 1 de abril, y establece lo siguiente: «el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844».

Ya con anterioridad a la reforma sufrida por el Código Civil en esta materia, se admitía —y respetaba— la voluntad del padre —o ascendiente— testador de

conservar indivisa una explotación agrícola, no necesitando, desde el punto de vista jurídico, más fundamento que esa voluntad. En este sentido, es oportuno, e interesante, comentar una antigua sentencia, que fue dictada por el Tribunal Supremo, en fecha 19 de mayo de 1951. En esta sentencia, el testador —progenitor— afirmaba ser su voluntad, manifestada en testamento, la de conservar indivisa su explotación agrícola, adjudicando íntegramente a un hijo —tenía seis—, prohibiendo toda otra tasación, y nombrando contador-partidor de la testamentaría de sus bienes a su hermano.

Por lo general, este tipo de cláusulas testamentarias se hacen de la siguiente forma: «...Dispongo, asimismo, que la explotación agrícola que se ha inventariado al número..., compuesta de..., se conserve indivisa y, en esta forma la adjudico a mi hijo mayor Don..., el que deberá satisfacer a los otros dos (hijos) en metálico lo que corresponda hasta el importe de su legítima, y, para determinar su cuantía designarán, de común acuerdo, un perito que valore la explotación y, de no existir acuerdo, designándole judicialmente por las reglas para la designación de perito que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Se trata, por tanto, de una manifestación expresa del testador, en cuanto a su voluntad de conservar, en interés de su familia, la explotación, acogiénose para ello a la facultad que expresamente también le reconoce el artículo 1056.2.º de nuestro Código Civil. Se trata, en consecuencia, de ordenar que la explotación agrícola, o la empresa familiar, o bien el control, de una sociedad de capital, o grupo de estas, se atribuya a uno solo de los hijos, con las siguientes condiciones o requisitos:

- 1.º La valoración de la empresa económica o de la sociedad de capital ha de ser realizada por un contador-partidor designado previamente, o *a posteriori*, contando con los asesoramientos que se estimen pertinentes y oportunos para que esa valoración sea lo más equitativa posible.
- 2.º En el supuesto de que no existieran bienes o metálico hereditario bastantes para la compensación a los demás herederos, se abonará con efectivo extrahereditario por el designado, con las siguientes condiciones: el contador-partidor determinará el plazo de pago aplazado, que no podrá exceder de cinco años, y a las cantidades aplazadas se aplicará el interés legal del dinero.
- 3.º Se establece la llamada cautela de opción compensatoria, es decir, que el heredero que no acepte esta disposición quedará reducido a su legítima estricta, acreciendo el exceso a quienes pasen, o consientan en ella (estimo que es una facultad opcional del testador la estipulación de esta cláusula).
- 4.º El contador-partidor queda investido de todas las facultades necesarias para las operaciones complementarias que sean precisas para el cumplimiento de la voluntad testamentaria.

Tengamos en cuenta que la voluntad del testador es la Ley de la sucesión y ha de ser respetada, siempre, lógicamente, que no queden perjudicados en sus derechos legítimos los otros hijos.

Otra fórmula, bastante empleada en la práctica, es la siguiente: «Instituyo herederos a mis hijos..., pero dispongo que el negocio comercial conocido por X, sito en..., que mi citado hijo mayor ha estado llevándolo y gestionándolo con su trabajo personal, pase a corresponderle íntegramente y, en lo que exceda de su cuota hereditaria, deberá abonar la diferencia a sus hermanos en metálico».

Finalmente, otra fórmula sería la siguiente: «Ordeno que se adjudique a mi hijo... la empresa familiar, conocida por X, sita en..., con todos sus edificios, instalaciones, maquinarias y elementos propios de la industria, con exclusión de los créditos y deudas existentes.

Si, como consecuencia de la adjudicación llevara adjudicado mayor valor de lo que le corresponda a mi citado hijo... en la herencia, abonará a los restantes herederos la parte que les corresponda en metálico extrahereditario, teniendo, para ello, un plazo no superior a cinco años a contar desde el fallecimiento de la testadora, pero debiendo abonar durante el plazo el interés de... anual. No obstante, el adjudicatario podrá reembolsar anticipadamente el capital adeudado, dejando de abonar intereses desde ese momento».

#### RESUMEN

##### *PARTICIÓN. TESTADOR. CAUSANTE*

*La partición hecha por el propio causante (testador) es una práctica muy eficaz y conveniente, ya que permite al testador realizar la distribución de sus bienes entre sus herederos sin necesidad de recurrir a la intervención, a veces larga, tediosa e incluso costosa, de los contadores partidores. No es, sin embargo, una práctica muy frecuente en nuestro país.*

*La partición practicada por el propio testador puede realizarse por acto entre vivos o mortis causa, pero ha de fijar siempre la porción de herencia que ha de recibir cada heredero.*

*Hay que tener en cuenta que no habrá partición efectuada por el testador cuando este se limite a señalar las directrices que desea se siga en orden a la partición propiamente dicha, o cuando los bienes*

#### ABSTRACT

##### *PARTITION; TESTATOR; PREDECESSOR IN TITLE*

*Partition by the predecessor in title (testator) is a highly effective, convenient practice, because it allows the testator to distribute his or her property among the heirs without the need to engage in the long, tedious and even costly process of bringing in an auditor to handle the partition. It is not, however, a very frequent practice in Spain.*

*Partition by the selfsame testator can be done in the form of an inter-vivos act or a mortis-causa act, but the portion of the estate that each heir is to receive must always be specified.*

*Partition by the testator does not mean that the testator merely states the guidelines he or she wishes followed during the actual partition; nor does it mean the distribution*

*que asigna lo son a cuenta de la partición de los herederos, pero no en pago íntegro de su cuota, tal como señalaron las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1961 y 15 de febrero de 1988.*

*La base de la partición hecha por el testador se fundamenta en que la voluntad del causante es la ley fundamental de la sucesión, y se regula este modo de practicar la partición en el artículo 1056 de nuestro Código Civil, estableciendo que se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Esta partición ha de concretarse a los bienes del testador —art. 156.1 del CC—.*

*of properties as a «payment on account» of the heirs' share in the estate but not in full payment of the heirs' share, as indicated by the Supreme Court's rulings of 9 March 1961 and 15 February 1988.*

*The basis of a partition performed by the testator is that the wishes of the predecessor in title are the fundamental law of succession. This mode of performing partitions is regulated in article 1056 of the Spanish Civil Code, which states that partitions may be conducted by the testator when the fixed portions to which certain heirs are entitled by law are not thereby injured. This partition must be restricted to the testator's property (Civil Code, article 1056.1).*

*(Trabajo recibido el 25-1-2012 y aceptado para su publicación el 1-4-2013)*