

Una primera aproximación a la nueva regulación de la partición realizada por el testador en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (1)

por

ANA DÍAZ MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA A LA PARTICIÓN HEREDITARIA.
- II. CLASES DE PARTICIÓN.
- III. LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR:
 1. LA PARTICIÓN INDIVIDUAL HECHA POR EL TESTADOR:
 - A) *El respeto de las legítimas en la partición.*
 - B) *Presupuestos de la partición por el testador y acciones de impugnación de los herederos.*
 - C) *La partición parcial y las adjudicaciones de bienes y derechos determinados.*
 - D) *Partición hecha por el testador y normas particionales.*
 - E) *Forma.*

(1) El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «La transformación social de la familia, una revolución en el sistema sucesorio» (PGIDIT05CSO202004PR), financiado por la Consellería de Innovación, Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, dentro del Programa Sectorial de Ciencias Sociales del Plan Gallego de IDTI de 2005, proyecto en el que se integra la autora como investigadora.

- F) *Vicisitudes subjetivas y objetivas posteriores a la partición.*
- G) *Breve referencia a los actos particionales realizados por el comisario.*

2. LA PARTICIÓN CONJUNTA Y UNITARIA:

A) *Eficacia:*

- a) En vida de ambos cónyuges.
- b) Fallecido uno de los esposos:
 - b') La revocación unilateral por el cónyuge supérstite.
- c) A la muerte de ambos.

B) *Ineficacia de la partición conjunta.*

I. PLANTEAMIENTO: ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA LEY 2/2006 DE DERECHO CIVIL DE GALICIA A LA PARTICIÓN HEREDITARIA

La aprobación y entrada en vigor de una nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, en la que el Parlamento, en ejercicio de su competencia, ha desarrollado la regulación de muchas materias ya recogidas en la Ley 4/1995 e incorporado otras nuevas —en torno a alguna de las cuales no faltan ya ni voces que cuestionen su constitucionalidad ni incluso la interposición formal del correspondiente recurso (2)— supone, particularmente, una profunda transformación en el ámbito familiar y sucesorio, con un progresivo distanciamiento de la regulación del Código Civil en numerosas materias y la profundización en instituciones propias del Derecho Civil gallego. Sin

(2) En concreto las materias que centran tal debate son la adopción y la autotutela, cuya regulación en la Ley 2/2006 ha dado lugar a la interposición por parte del Gobierno Central del correspondiente recurso de inconstitucionalidad (núm. 2845-2007), admitido a trámite el 22 de mayo de 2007, contra los artículos 27-41 y 42-45, que disciplinan tales instituciones, y la equiparación, a los efectos de aplicación de esta Ley, de las parejas no casadas que reúnan ciertos requisitos a los matrimonios (Disp. Ad. 3.^a). En todo caso, esta última materia, no incluida en el recurso, ha sido ya objeto de una modificación legislativa en virtud de la Ley 10/2007, de 28 de junio, para corregir una interpretación de que podía ser objeto la Ley 2/2006, según la cual todas las parejas de hecho quedaban, fuese esa o no su voluntad, equiparadas a los matrimonios. En la actualidad, la nueva redacción de la Disposición Adicional 3.^a, desarrollada por el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, establece en sus dos primeros párrafos lo siguiente: «1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges. 2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio».

duda, la nueva normativa sobre la partición de herencia no resulta tan llamativa como la concepción del sistema legitimario que refleja el nuevo texto legal o las modificaciones en torno a los pactos sucesorios o el otorgamiento de testamento, pero encierra novedades de interés, resuelve incógnitas planteadas por la legislación anterior y, ciertamente, plantea muchas otras de las que habrán de ocuparse los tribunales gallegos en los próximos años en un tema de tanta conflictividad como la distribución del caudal hereditario.

Por ello, al afrontar el estudio de la nueva normativa en la materia hemos de plantearnos, siquiera brevemente, dos cuestiones previas: en primer término, ante la diversidad de legislaciones civiles aplicables en España (el Derecho Común o el de otra Comunidad Autónoma, muchas de ellas ricas en matices en el ámbito sucesorio), es preciso aclarar qué determina la sujeción al Derecho Civil de Galicia en materia de partición de herencia y, en segundo lugar, desde la perspectiva temporal, la aplicabilidad de la nueva Ley 2/2006 a situaciones jurídicas nacidas con anterioridad que generen litigios después de su entrada en vigor.

En principio, como es sabido, la sucesión *mortis causa* se rige por la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, donde quiera que estén los bienes (art. 9.8.º CC), lo que, según lo previsto en el artículo 16.1.1.ª, significa que debe tomarse en consideración la vecindad civil de aquél para determinar el Derecho aplicable. No obstante, como excepción, y según dispone el propio artículo 9.8.º del Código Civil, serán válidas las disposiciones testamentarias realizadas conforme a la ley personal del testador en el momento de su otorgamiento, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán a esta última. Ello supone una indudable complejidad en la determinación del Derecho aplicable a una partición hecha por el causante en su testamento, en relación con las especialidades reguladas ahora en la Ley 2/2006 y los cambios de vecindad civil, especialmente los determinados por la aplicación del artículo 14.5.º-2.ª No hay más que pensar en una partición conjunta realizada por dos cónyuges o integrantes de una pareja de hecho de vecindad civil gallega (3), que se trasladan a vivir con posterior-

(3) La equiparación al matrimonio de las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia que se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia contemplada, a los efectos de aplicación de esta Ley 2/2006, por la Disposición Adicional 3.ª de la misma significará, en efecto, entre otras muchas consecuencias en el ámbito sucesorio, que estas uniones de pareja puedan hacer la partición conjunta y unitaria que este texto legal regula. Desde el punto de vista competencial esta previsión en torno al régimen jurídico de las parejas de hecho ha sido cuestionada ya, fundamentándose la pretendida inconstitucionalidad, además de en otras razones, en los mismos argumentos que un sector de la doctrina viene manejando en relación con todas las normas autonómicas sobre uniones de hecho (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 61-88).

ridad a otra Comunidad Autónoma, en la que fallece uno de ellos más de diez años después, ostentando, pues, una vecindad civil distinta (la de Derecho Común o cualquier otra). La partición realizada en testamento en principio sería válida, pero en materia de legítimas se aplicaría el Código Civil o la normativa autonómica correspondiente y no la Ley 2/2006 (4).

Más compleja todavía se presenta la cuestión si la partición no la hizo el causante en su testamento, sino en documento no testamentario, anterior o posterior a aquél, como autoriza el artículo 270.1.º LDCG, pues entonces inmediatamente se suscita la duda de si se consideraría también como «disposición testamentaria» a los efectos de la excepción del artículo 9.8.º del Código Civil, por la indudable conexión entre partición y testamento cuando la realiza el causante o si se sometería, en cuanto a la determinación del Derecho aplicable, a la regla general, solución esta última, a mi juicio, mejor fundada por cuanto no se trata *stricto sensu* de disposiciones testamentarias, sino de una distribución de bienes entre los instituidos en testamento hecha en otro documento y las normas excepcionales no han de ser objeto de interpretación extensiva.

Por lo que se refiere a las cuestiones de Derecho transitorio, se aplicará la Ley 2/2006 a todas las particiones que se realicen a partir de su entrada en vigor (5), sea cual fuere la fecha de fallecimiento del causante. Así lo establece la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 2/2006, acogiendo el criterio ya establecido en su día por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 30 de junio de 2004 (6) en relación con la Ley 4/1995, que introdujo en materia de partición hereditaria relevantes novedades respecto a la regulación del Código Civil, en particular la posibilidad de que los herederos realizaran por mayoría la misma, que era el objeto de tal pleito. La inmediatez con que será necesario afrontar, en definitiva, la interpretación y aplicación de los nuevos preceptos sobre la partición realizada por el testador exige, a mi modo de ver, que, sin perjuicio de posteriores y más profundos estudios sobre el tema, adelantemos ya algunas opiniones y planteemos dudas, perplejidades o sugerencias.

(4) En su caso, de ser aplicable el Derecho Común, el descendiente preterido o al que se le hubiera dejado simplemente «lo que por legítima le corresponda» podría reclamar la que dispone el Código Civil en su artículo 808.1.º del Código Civil, y no la que estipula el artículo 243 LDCG, en esta materia muy distantes. En sentido similar, el ascendiente tendría derecho a legítima, a falta de descendientes (art. 807.2.º CC), mientras que de ser aplicable el Derecho Civil de Galicia carecería de él en idénticas circunstancias, todo ello por no profundizar en la muy diferente concepción que de las legítimas se acoge en ambos textos legales (sin perjuicio de los matices que a esta afirmación pudieran incorporarse, *pars bonorum* en el Código Civil y *pars valoris* en la LDCG).

(5) 20 de julio de 2006.

(6) RJ 2005/5281.

II. CLASES DE PARTICIÓN

Con una simple lectura del artículo 270 LDCG, que encabeza el capítulo dedicado a la partición de la herencia y, en particular, sus disposiciones generales, no es posible apreciar *prima facie* los elementos diferenciales en esta materia del Derecho Civil de Galicia respecto del Código Civil, pues las clases de partición son, en una referencia genérica, las mismas: la realizada por el testador, la del contador-partidor, la verificada por los herederos y la judicial, esta última regulada en los artículos 782 y siguientes LEC. Sin embargo, la regulación de la Ley 2/2006 contiene, enmarcadas dentro de la primera y la tercera de las citadas, las dos formas de partición que concentran las especialidades del Derecho gallego, la partición conjunta de los cónyuges (ahora también por las parejas que conviven con vocación de permanencia o estabilidad en una relación semejante a la matrimonial y estén inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia) y la realizada por mayoría de los herederos, ambas ya incluidas en la Ley 4/1995, pero ahora ampliamente desarrollada la primera y profundamente modificada la segunda.

A mi modo de ver no hay inconveniente, como se admite en el Derecho Común, pese a la inexistencia de previsión legal expresa, para que los partícipes en la herencia, de común acuerdo, designen a un tercero, sometiéndose anticipadamente a su decisión, que la distribuya entre ellos, si bien la partición carecería entonces de naturaleza convencional propiamente dicha y sería hecha por un tercero que algunos autores se niegan a denominar técnicamente árbitro por no estar planteada controversia alguna sobre la que hubiera de pronunciarse (7), aunque en cierto modo pudiera entenderse que lo es si tomamos el término «controversia» en sentido amplio, como materia o asunto en que pudieran tener intereses contrapuestos —la distribución de los bienes hereditarios—. También parece aplicable a la partición, si bien su ámbito de funcionamiento es más extenso, la figura del arbitraje testamentario, prevista por el artículo 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, instituido por el testador para poner fin a las controversias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios sobre la distribución de los bienes, pues ese texto legal funcionará como supletorio de la normativa gallega.

(7) En el sentido expresado en el texto puede verse la opinión de Díez PICAZO (*Sistema de Derecho Civil*, 10.ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, pág. 541), mientras que DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, pág. 2496) considera que ésta sería una partición realizada por vía arbitral. A esta figura de un tercero con funciones divisorias designado por los coherederos alude la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 3 de noviembre de 2003 (*JUR* 2006/82735) descartando, sin embargo, su funcionamiento en el caso que enjuiciaba, porque no constaba que los herederos hubieran alcanzado algún pacto para atribuirle tales facultades.

Por el contrario, no resulta tan claro, a mi juicio, no compartido por otros autores que se han pronunciado de forma diferente recientemente (8), que sea aplicable en el Derecho Civil de Galicia la figura que regula el artículo 1057.2.º del Código Civil, del contador-partidor nombrado judicialmente a petición de los herederos y legatarios que representen, al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario. A mi modo de ver, conteniendo normas la Ley gallega tanto sobre la partición hecha por contador-partidor —limitándose al testamentario— como a la realizada por los herederos —con detallada regulación de la mayoritaria—, que en realidad es efectuada, a la luz de la Ley vigente, por un contador-partidor designado notarialmente, parece que la voluntad del legislador gallego ha sido excluir la figura del Código Civil que mencionamos, con pretensión de ofrecer una normativa completa sobre las clases de partición y sin favorecer la aplicación supletoria del Derecho Común en este ámbito (9).

Por otra parte, aunque no sea mencionada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, bajo la rúbrica de la partición de la herencia, ha de tomarse en consideración, a mi modo de ver, la que practique, *inter vivos* o *mortis causa*, el cónyuge viudo que haya sido designado comisario, bien en capitulaciones matrimoniales, bien en testamento, en los términos del artículo 197 LDCG, revestido de facultades que exceden en gran medida de las propias del cónyuge viudo al que sólo se ha asignado el usufructo universal y ha sido nombrado contador-partidor, como permite hoy el artículo 284 de la Ley 2/2006, en la línea del artículo 159 de la Ley 4/1995, que puso fin a una cuestión extraordinariamente polémica en el Derecho Común. Esta forma de partición llevada a efecto por el cónyuge comisario, regulada en el artículo 200 LDCG, permite tres variantes: por acto *inter vivos*, con efectos de transmisión inmediata de la propiedad de los bienes a los hijos o descendientes, si éstos la aceptaran, por testamento en que únicamente se ejercite la facultad testatoria encomendada o por testamento en que el comisario ejercite esa facultad y además disponga *mortis causa* de sus propios bienes (10).

(8) En este sentido, defendiendo su funcionalidad en el ordenamiento jurídico gallego, vid. OLMEDO CASTAÑEDA, en CORA GUERRERO, ORDÓÑEZ ARMAN y PEÓN RAMA (coord.), *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia. Comentario a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*. Colegio Notarial de Galicia, 2007. Vol. II, pág. 863.

(9) Tratamiento diferente merece, a mi modo de ver, desde esta perspectiva, el arbitraje testamentario, regulado en una norma dictada en ejercicio de una competencia exclusiva del Estado.

(10) Puede tratarse, en estos casos, de una partición conjunta de ambos patrimonios entre los hijos o descendientes, si bien unilateral y no realizada por los dos cónyuges, a la que no serían aplicables por ese motivo los artículos 276 a 282 LDCG.

III. LA PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR

1. LA PARTICIÓN INDIVIDUAL HECHA POR EL TESTADOR

A) *El respeto de las legítimas en la partición*

La regulación que sobre la partición hecha por el testador contiene el Derecho Civil de Galicia, dejando momentáneamente al margen las disposiciones sobre la conjunta y unitaria realizada por los cónyuges, que centra las especialidades respecto del Derecho Común, trata de dejar resueltos algunos de los problemas que la jurisprudencia venía afrontando en la aplicación del Código Civil, en ocasiones dando refrendo legal a las soluciones que se ofrecían y en otras incorporando al Derecho gallego una diferente, que encaje mejor con las necesidades sociales y jurídicas de los ciudadanos.

En todo caso, se reafirma la idea, ya presente en el Código Civil, de que el único límite para el testador que parte es el respeto a las legítimas (art. 273), no siendo rescindibles por causa de lesión aquellas particiones que, no vulnerando éstas, atribuyan a los herederos bienes cuyo valor no sea coincidente con la cuota fijada testamentariamente superando la diferencia la cuarta parte a que alude el artículo 1.074 del Código Civil. No obstante, si bien la afirmación del artículo 273 LDCG aparentemente no difiere mucho de la contenida en el artículo 1056.1.º del Código Civil, origina consecuencias jurídicas dispares debido a la muy diferente configuración y naturaleza jurídica de las legítimas en los dos cuerpos legales. En efecto, al interrogarnos sobre los efectos jurídicos que pudiera originar en ambos ordenamientos jurídicos tanto la no adjudicación de ningún bien o derecho al legitimario como la de algunos determinados cuyo valor no alcanzara lo que cuantitativamente le correspondiera por legítima, las conclusiones varían decisivamente a causa de la conversión de la naturaleza jurídica de ésta en *pars valoris* en la Ley 2/2006 y la conceptualización del legitimario como un simple acreedor, junto con la configuración legal de la acción de reclamación de legítima como acción personal (art. 249 LDCG), conclusión que creemos puede extenderse a la complementación, aunque en este caso sin declaración formal expresa en el texto de la ley, lo que, sin duda, obliga a revisar las afirmaciones vertidas por la doctrina en el estudio del artículo 1056.1.º del Código Civil.

Si la partición que el testador realice no contuviera adjudicación alguna de bienes o derechos al legitimario y éste no hubiera recibido tampoco lo que le correspondiera por cualquiera de los títulos que el artículo 245 contempla (11), podrá ejercitar acción de reclamación contra los herederos

(11) Este precepto contempla cualquier atribución a título de herencia o legado, aunque el legitimario renuncie a ella, donaciones hechas a legitimarios o mejoras pactadas con ellos y donaciones hechas a hijos premuertos que fueran padres o ascendientes de un legitimario.

—acción personal, como acabamos de subrayar—, teniendo éstos entonces las opciones del artículo 246 respecto a la forma de pago, pudiendo abonar la legítima con metálico extrahereditario, si hubiera acuerdo entre ellos. Si el legitimario hubiera recibido por los títulos a que acabamos de hacer referencia o con adjudicaciones de bienes o derechos en la partición que el testador hiciera parte de lo que en concepto de legítima le correspondiera, pero no íntegramente el valor de la misma, le corresponde exigir su complemento (12), nunca una acción rescisoria, solución propia del Derecho Común, como se deduce de la normativa del Código Civil (13). Ello está reco-

(12) Ya en la Ley anteriormente vigente 4/1995, este supuesto no se resolvía con la ineficacia sobrevenida de la partición, a través del ejercicio de la correspondiente acción rescisoria sino con lo que entonces se denominaba, con terminología algo diferente, la reclamación del suplemento de legítima. Como subrayaba entonces, en relación con el artículo 158.1.º de la Ley de 1995, ALBA PUENTE (en AMIGO VÁZQUEZ, CORA GUERREIRO, ORDÓÑEZ ARMÁN y SÁNCHEZ MERA —coord.—, *Derecho de Sucesiones de Galicia*, Colegio Notarial de La Coruña, 1996, pág. 242) y sigue siendo cierto hoy, a la luz de la Ley de 2006, el perjuicio a la legítima puede resultar de una discordancia explícita entre el haber particional y el haber testamentario, que libere al legitimario de su acreditación, o deducirse del uso de valoraciones irreales y arbitrarias de los bienes por parte del testador, que obliguen a aquél a tomar la iniciativa para probar el perjuicio sufrido.

(13) Ese perjuicio a la legítima se considera por los tribunales, en aplicación del régimen del Código Civil, fundamento de una acción rescisoria, con la facultad que al heredero demandado atribuye el artículo 1.077 del Código Civil de indemnizar el daño o consentir que se realice una nueva partición (en este sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 14 de mayo de 2002 y 7 de mayo de 2004 —AC 2002/203847 y 2004/1849—) y no como un supuesto de nulidad radical de la partición. En efecto, el principio del *favor partitionis* que preside la materia inclinó al Tribunal Supremo hacia idéntica solución en sentencia de 31 de mayo de 1980 (RJ 1980/2724), aunque en relación con una partición realizada por el contador-partidor, con el propósito de conservar la partición siempre que sea posible en atención a la lesión producida, disponiendo 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, teniendo muy presente la consecuencia de que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto —sentencias de 17 abril 1943 (RJ 1943/418), 13 de octubre de 1960, 25 de febrero de 1966 y 7 de enero de 1975 (RJ 1975/12)—, como acontece a juicio de la doctrina científica, y entre otros supuestos, cuando falta algún elemento esencial (así la certeza de la muerte del causante o la validez y vigencia del testamento) o presupuesto del negocio, o si la nulidad viene ocasionada por haber sido hecha la operación contra lo preceptuado en la Ley (participación realizada por causante no testador contradiciendo lo dispuesto en el art. 1.056, comisario coheredero vulnerando la prohibición del art. 1.057, etc.); y por su parte la jurisprudencia ha calificado como casos de nulidad, amén del contemplado por el referido artículo 1.081, la falta de consentimiento de la persona designada para practicar la división —sentencias de 8 de marzo de 1956 (RJ 1956/1151) y 13 de octubre de 1960—, la inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante —sentencia de 30 de enero de 1951 (RJ 1951/89)—, como acontecerá si se extiende a los gananciales y parafernales teniéndose como privativos del *de cuius* —sentencia de 17 de mayo de 1974 (RJ 1974/2068)—, la ilícita de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal —sentencias de 22 de junio de 1948

gido, con una fundamentación impecable, en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6.^a, con sede en Santiago de Compostela), de 30 de diciembre de 2004 (14), subrayando que la acción que cabe ante una pretendida vulneración cuantitativa de la legítima de los demandantes en la partición hecha por el testador es la de suplemento y no la rescisoria, distintas en plazos de ejercicio y efectos (15). Por lo demás, como ha expresado el mismo tribunal y sección en sentencia de 30 de enero de 2006 (16), aun siendo el Derecho Común el aplicable, procede también ejercitar la acción de suplemento de legítima y no la rescisoria de la partición si en el testamento se lega un bien a un legitimario, instituyendo herederos a sus dos hermanos, sin que en la partición se adjudiquen al legatario otros bienes y existiendo lesión cuantitativa de sus derechos legitimarios (17).

(*RJ* 1948/1107) y 25 de febrero de 1966 (*RJ* 1966/852)—, la invalidez del testamento —sentencia de 11 de marzo de 1952—, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes —sentencia de 26 de noviembre de 1974 (*RJ* 1974/4490)—, o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación —sentencia de 7 de enero de 1975—, al haber liquidado por sí mismo el comisario la sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge supérstite o de los herederos del premuerto —sentencia de 20 de octubre de 1952 (*RJ* 1952/1863)—, así como la infracción de prescripciones legales imperativas, cual es la necesidad de nombrar defensor judicial al menor con intereses contrarios a los de su padre o madre —sentencias de 14 de diciembre de 1957 (*RJ* 1957/3445) y 28 de mayo de 1974 (*RJ* 1974/2107)—.

CDO.: Que según se desprende de tal fundamentación y teniendo presente aquella línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación —sentencia de 30 de abril de 1958 (*RJ* 1958/1698)— o procediendo a la indemnización del perjuicio, es obligado concluir que el agravio al contenido económico de la legítima deberá ser combatido como ineficiencia por razón de su rescindibilidad, y en este sentido tiene declarado la sentencia de 30 de marzo de 1968 (*RJ* 1968/3408) que frente al contador testamentario y a las operaciones particionales realizadas puede el heredero forzoso ejercitar la acción de nulidad por falsedad o por vicios concurrentes y, en el evento de lesión de sus intereses, la de rescisión que le otorga el artículo 1.074, a lo que cabe añadir, evitando interpretaciones rígidamente literales, que procede la rectificación particional aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de derecho necesario y por lo tanto de rigurosa inviolabilidad —arts. 813, 815, 816 y 1.056, párr. 1.º— y a la obvia consideración de que el comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en manera alguna para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento, cual acontecerá si merma con las adjudicaciones la porción legitimaria respetada por el testador».

(14) *JUR* 2006/88969.

(15) Los demandantes plantearon la acción sobre la base de un error en el Derecho aplicable, pues siéndolo el Civil de Galicia por la vecindad del causante de la herencia al tiempo de su fallecimiento se entendió en todo momento que lo era el Código Civil y consecuentemente se ejercitó la rescisoria de la partición realizada por el testador (vid. la nota a esta sentencia de REBOLLEDO VARELA, en *REXURGA*, núm. 46, primer trimestre de 2005, pág. 138).

(16) *JUR* 2006/93259.

(17) Según el Tribunal gallego: «La improsperabilidad de la acción ejercitada es clara, puesto que si el demandante fue instituido exclusivamente en un bien singular, nada

B) *Presupuestos de la partición por el testador y acciones de impugnación de los herederos*

Sin perjuicio de lo expuesto sobre el eventual ejercicio de la acción de complemento de legítima, el heredero, en este caso tanto si es aplicable la LDCG como el Código Civil, carecerá de posibilidad de impugnar la partición hecha por el testador que le perjudique respecto de las cuotas en que fuera instituido testamentariamente, a no ser que pueda probarse la existencia de algún vicio en el consentimiento prestado por aquél al realizar la distribución de los bienes entre los llamados (18). A mi modo de ver, sin perjuicio de los problemas probatorios que siempre lleva consigo la invocación de la existencia de intimidación o violencia, especial complejidad presentará la alegación de que hubo error por parte del causante al realizar la partición. En este sentido, analizando el régimen del Derecho Común, ha afirmado FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL que la discrepancia involuntaria entre la cuota y la adjudicación motivada por un error del testador no será causa de ineficacia de la partición, excepto lesión en las legítimas (19). Ciertamente, el tema merece un enfoque distinto a la luz de lo previsto en el artículo 274 LDCG, aunque la conclusión final sea casi idéntica, la eficacia de la partición —incluso, en el Derecho gallego, reiteramos, en caso de lesión cuantitativa de la legítima por las razones ya expuestas—, pues en este precepto se establece que si bien la partición hecha en documento no testamentario habrá de ajustarse a las disposiciones del testamento, será válida aquélla aunque el valor de lo adjudicado a alguno de los partícipes no se corresponda con la cuota fijada, discordancia que podría tener perfectamente origen, a mi juicio, tanto en un error involuntario del testador como en su voluntad orientada de forma consciente a la creación de tal desajuste.

en absoluto, aparte de este bien, podía serle adjudicado por el contador y en nada podría afectar a su derecho legitimario la forma en que la partición distribuía los bienes comprendidos en la masa hereditaria partible entre sus hermanos. La partición, en definitiva, ninguna lesión podría causarle —realmente lo que hubiera viciado la partición es que se atribuyese al demandante algún bien del haber partible, en nítida contradicción con las disposiciones de la causante— y carece por ello el demandante de derecho susceptible de tutela judicial para impugnarla, sino que es la eventual insuficiencia cuantitativa del bien que le fue atribuido como legado, respecto del valor al que debiera ascender su cuota legitimaria, lo que en su caso le permitiría ejercitar la acción de suplemento de legítima que no cabe estimar articulada en el presente proceso».

(18) Véanse, sin embargo, las consideraciones expuestas más adelante sobre la posibilidad de que un testamento posterior a la partición pueda considerarse, previa interpretación de la voluntad del testador, como revocatorio de aquélla.

(19) «La ineficacia de la partición hereditaria», en O'CALLAGHAN MUÑOZ (coord.), *La partición de la herencia*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2006, pág. 425. La citada autora realiza un excelente estudio general sobre la relevancia del error en la partición hereditaria (págs. 398-401), a raíz del silencio del Código Civil en la materia, concluyendo que no ha de derivarse de ello la ineficacia por anulabilidad, sino otras consecuencias menos drásticas, las previstas en los artículos 1.069 y sigs.

Realmente, que los diferentes supuestos de error del testador al hacer la partición no puedan, en todo caso, reconducirse a la anulabilidad de ésta lo prueba el recogido en el artículo 1.081 del Código Civil, partición hecha con quien se creyó heredero, no siéndolo, que origina la nulidad de pleno derecho de la misma, al que deben sumarse, aunque en estos casos los errores no afectarían en absoluto a su validez, el aludido desajuste entre cuotas y adjudicaciones que prevé el artículo 274 LDCG, cuando ello no provenga de decisión voluntaria del testador, la omisión involuntaria de bienes en la partición, que conduzca a la adición o complemento del artículo 1.079 del Código Civil o el perjuicio a los derechos de los legitimarios con los efectos ya apuntados. En definitiva, gran parte de los errores en que pueda incurrir el testador, sean puramente cuantitativos en la valoración de los bienes o de naturaleza sustancial, están previstos específicamente en cuanto a sus consecuencias jurídicas tanto en la LDCG como en el Código Civil en lo no regulado por aquélla y no parece adecuado un tratamiento general de la concurrencia de tal vicio del consentimiento.

Por otra parte, el testador no está vinculado, al hacer la partición, por el principio de igualdad cualitativa de los lotes del artículo 1.061 del Código Civil, en el que no puede fundamentarse el ejercicio de acción impugnatoria alguna.

Sí es imprescindible, para que sea válida la partición, el otorgamiento de testamento por el causante. En este sentido, el artículo 270 de la nueva Ley 2/2006, además de la enumeración de las clases de partición, precisa, aclarando las dudas que generaba el artículo 157 de la Ley 4/1995, que si la hiciera el testador en documento no testamentario, de naturaleza, como antes, pública o privada, dicho documento puede ser *anterior* o posterior al testamento, resaltando el carácter necesario de éste. En realidad, el Tribunal Supremo, casi desde las primeras sentencias dictadas en aplicación del artículo 1.056 del Código Civil (20), ha venido condicionando la validez de la partición hecha por el causante al otorgamiento de testamento, sin que sea preciso que una y otro se sucedan en el tiempo de una forma determinada. Lo único necesario es que «el acto de distribución no solemne reciba su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)» (21). A mi modo de ver, el testamento deberá contener necesariamente en estos casos institución de herederos porque la distribución se apoya en la disposición, sin que para ello sea óbice la validez del testamento sin institución de heredero dispuesta por el artículo 764 del Código Civil (22). Más

(20) Constituye una excepción la de 13 de junio de 1903.

(21) STS de 6 de marzo de 1945 (*RJ* 1945/272).

(22) Si no hay institución de heredero y se distribuyen los bienes entre diferentes destinatarios parece que no se trata, en puridad, de una partición sino del supuesto de distribución de toda la herencia en legados del artículo 891 del Código Civil.

difícil es pronunciarse sobre si ese testamento en que el causante instituye herederos y servirá de base para la partición ha de contener también el señalamiento de las cuotas que correspondan a cada uno de ellos o si éstas pueden fijarse directamente en la propia partición o deducirse del reparto de bienes que se haya realizado. Pese a lo inusual del caso, el Tribunal Supremo estableció, en sentencia de 4 de febrero de 1994 (23), que no era imprescindible el previo señalamiento de cuotas y resultaba eficaz como partición la distribución directa de sus bienes que hizo la causante en su testamento, si bien, a mi modo de ver, la respuesta debería de ser otra si la partición se hiciera en documento no testamentario, privado de las solemnidades de aquél.

Evidentemente, fallecido el causante sin testar carece de eficacia alguna lo que, en otro caso, se calificaría como acto particional y los pretendidos beneficiarios no podrán fundar en tales documentos, aun públicos, derecho alguno a la adjudicación de los bienes y derechos que se hubieran mencionado allí. Ello equivaldría a admitir formas de testar no solemnes distintas de las que el Código Civil y el Derecho Civil de Galicia regulan y desarticularía nuestro sistema sucesorio (24). Cuestión diferente es que la partición se haga en documento que, reuniendo los requisitos del artículo 688 del Código Civil, constituya, pese a su simplicidad, testamento ológrafo, forma de testar, como es sabido, poco utilizada y no mencionada por la Ley 2/2006 ni por la 4/1995, pero no por ello vedada cuando sea aplicable el Derecho Civil gallego.

Por otra parte, salvo en lo indicado sobre la falta de correspondencia entre las cuotas en que los herederos hayan sido instituidos en el testamento y el valor de lo adjudicado en la partición que haga el testador, ésta debe ajustarse en lo demás a las disposiciones del testamento, según ordena el artículo 274 LDCG (25). Así, por ejemplo, sería nula la partición que adju-

(23) Señala el Supremo en esta Resolución (AC 576/1994) que: «En este sentido, esta Sala no puede compartir la postura dubitativa del Tribunal de Apelación en cuanto a la dimensión jurídica del acto dispositivo testamentario que otorgó en fecha 28 de marzo de 1972, la causante doña María-Josefa A. S. Se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1.056 del Código Civil autoriza realizar por medio de 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 patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarlo no sólo 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».

(24) Así, considera que la partición hecha por el causante que luego no otorga testamento —no habiéndolo formalizado tampoco antes— no tiene eficacia alguna la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 6 de febrero de 2004 (AC 2004/223).

(25) Cfr. artículo 55 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Código de Sucesiones de Cataluña: «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»;

dicara a los herederos bienes legados en testamento a terceras personas. De este modo, la partición que el testador realice después de testar no participa genéricamente de la fuerza revocatoria del propio testamento, que, en líneas generales, sólo puede ser revocado por otro testamento posterior en los términos en que lo prevé el artículo 738 del Código Civil (26).

No será, sin embargo, fácil resolver los conflictos planteados por uno de los herederos que, siendo beneficiado por un testamento posterior en relación con los bienes que le fueron adjudicados antes en el acto particional, alegue la existencia de «revocación» de la partición por aquél. Desde luego, parece fuera de toda duda el carácter esencialmente revocable de la partición hecha por el testador y la idoneidad del testamento como instrumento de tal voluntad pero, a mi juicio, debe deducirse con claridad del testamento posterior el cambio deseado por el testador en la distribución de su patrimonio. De no resultar, obviamente tras la pertinente interpretación del conjunto de las disposiciones testamentarias, que la voluntad del testador era dejar sin efecto la partición, regirá la norma del artículo 274 *in fine* y prevalecerá ésta, aunque el valor de lo adjudicado a los partícipes no se corresponda con las cuotas atribuidas en el testamento (27).

C) *La partición parcial y las adjudicaciones de bienes y derechos determinados*

Indudablemente, una de las cuestiones más discutidas en la jurisprudencia que aplica la normativa del Código Civil sobre la partición por el testador es la posibilidad de realizar una partición parcial, negada en algunas ocasio-

idéntico criterio acoge el artículo 53.2.º de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, sobre sucesión por causa de muerte, de Aragón.

(26) En todo caso, la doctrina no ha dejado de poner en duda, en relación con su naturaleza especificativa o determinativa de derechos (esta es la tesis predominante en la jurisprudencia que puede analizarse en sentencias del Tribunal Supremo como las de 5 de marzo de 1991 y 3 de febrero de 1999 —*RJ* 1991/1718 y *RJ* 1999/747—), la eficacia de una partición posterior al testamento para prevalecer frente a éste, llegando a afirmar algún autor que podría considerarse carente de causa la que presentase una divergencia sustancial con aquél.

(27) La materia de la falta de correspondencia entre disposiciones testamentarias *stricto sensu* y partición aparece resuelta de modo distinto en el Derecho Civil catalán, pues prevalecerán las normas particionales sobre las dispositivas, siempre que aquéllas se contengan en documento testamentario o si se practicara la partición en documento distinto sólo si es posterior al testamento y así lo quiso el testador. En efecto, el artículo 55 del Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) 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».

nes por el Tribunal Supremo. Sostiene en algunas sentencias el Alto Tribunal que realizar adjudicaciones de determinados bienes a personas concretas no implica sino que el testador está disponiendo a título de legado, haciendo instituciones en cosa cierta (vid. art. 768 del CC, que considera al así instituido como legatario, aunque la doctrina entiende que ello no es óbice para que prevalezca la interpretación testamentaria que pueda concluir otra cosa) u ordenando mejoras en cosa determinada (art. 829 del CC). Más matizadamente, otras resoluciones del Supremo concluyen la inexistencia de una verdadera partición hereditaria si el testador no dispone de todos los que integran su patrimonio, sin atribuir naturaleza jurídica concreta ni efectos definidos a las adjudicaciones verificadas. Así se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1961 y 15 de febrero de 1988 (28), al afirmar la primera de ellas y asumir la segunda que si el testador adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio ni mucho menos practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes; es evidente que no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte.

En el mismo sentido se expresa la STS de 8 de marzo de 1989 (29), indicando que no existe partición cuando «los dos testadores (padre y madre de los aquí litigantes), después de adjudicar, en sus respectivos testamentos, algunos de sus bienes (casi todos ellos gananciales), en distinta proporción, a sus hijos, y disponer que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición y que el remanente de sus bienes (o sea, los no adjudicados) se distribuya entre todos ellos por partes iguales, nombran dos contadores-partidores, con carácter solidario», aunque se matiza que tales adjudicaciones son siempre respetables dentro de los límites legales (30).

Así, establecido por el Tribunal Supremo, en aplicación del Derecho Común, que estas adjudicaciones parciales de bienes realizadas por los testadores no están dotadas de la eficacia propia de la partición (atribución de la propiedad exclusiva de los mismos al fallecimiento del testador, sin per-

(28) *RJ* 1961/945 y *RJ* 1988/1987, respectivamente.

(29) *RJ* 1989/2023.

(30) Esta doctrina sin embargo, parece de difícil armonización con el artículo 1.079 del Código Civil, que regula la modificación de una partición que se complementa al haber sido omitidos determinados bienes o valores de la herencia, precepto cuya aplicación no parece excluida cuando la partición la haga el propio testador. De todos modos, no se olvide que el artículo 1.079 no es operativo cuando los bienes omitidos constituyen una parte fundamental o esencial del patrimonio hereditario, en cuyo caso habrá que realizar una nueva partición.

juicio de que en el ejercicio judicial de acciones propias del dueño como la reivindicatoria o la declarativa de dominio sea necesario acreditar que el causante también lo era, sin que valga la simple partición como prueba del título dominical), no deja de suscitar dudas el contenido del artículo 273 LDCG, al afirmar que «el testador podrá hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas». ¿Se está reconociendo eficacia plena como partición a la parcial que realice el testador, se trata de dos figuras de naturaleza jurídica diferente, careciendo de efectos como tal partición las aludidas adjudicaciones, o se trata de una referencia genérica a los legados, instituciones o mejoras en cosa cierta?

A mi juicio, una interpretación sistemática del citado artículo conduce a descartar que con la mención de las «adjudicaciones de bienes y derechos determinados» se esté aludiendo a aquellas figuras que nada tienen que ver con la partición por el testador, rúbrica de la sección donde el precepto se ubica. Por el contrario, podría tratarse de un esfuerzo del legislador por diferenciar en sus efectos la verdadera partición de estas adjudicaciones, del mismo modo que en el artículo 275 tratan de delimitarse la partición hecha por el testador y las normas o disposiciones particionales, que no son sino indicaciones dadas por aquél sobre el modo en que habrá de realizarse la partición que en su momento se practique. En definitiva, la cuestión a resolver es si las adjudicaciones parciales de bienes y derechos del patrimonio hereditario valen como partición parcial, con todos los efectos inherentes a tal acto, o si, por el contrario, deben respetarse al hacer la partición total de la herencia, pero hasta que ésta se verifique los beneficiarios de las adjudicaciones no adquieren la propiedad exclusiva de esos bienes y derechos.

En primer término, es cierto que no asume con claridad la LDCG el criterio de reconocer eficacia como verdadera partición, aun parcial, a las tan mencionadas adjudicaciones, si bien, a mi juicio, la partición que se realice sin respetarlas, siendo ello posible en relación con el conjunto de los bienes del patrimonio hereditario, podría ser impugnada por el perjudicado. En este sentido, su carácter vinculante en la posterior partición que se haga se desprende, a mi modo de ver, de la referencia a la invulnerabilidad de las legítimas, único límite del testador en la partición y en estas adjudicaciones de bienes (31), sin perjuicio de que su lesión sea origen sólo, en su caso, de la reclamación íntegra de aquélla o del complemento que corresponda. En mi

(31) Diferente redacción presenta el artículo 55 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Código de Sucesiones de Cataluña, según el cual: «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», que parece revestir estas particiones parciales o adjudicaciones concretas de bienes y derechos de la eficacia propia de la partición total.

opinión, sin embargo, esta indecisión del legislador gallego no debe tomarse como inadmisión en este Derecho de una partición parcial de su patrimonio realizada por el testador, con los efectos que le son propios, que, por otra parte, otros Derechos civiles autonómicos expresamente contemplan como válida (32), sino que las adjudicaciones de bienes y derechos determinados coexisten junto a ella, con diferente eficacia, más cercana a la de las normas particionales a que se refiere el artículo 275 que a la de la auténtica partición. Decisiva se presenta, pues, de nuevo, la labor de interpretación del testamento en busca de la voluntad del testador sobre la producción o no, ya al tiempo de su fallecimiento, de efectos transmisivos de la propiedad de los bienes adjudicados, que, en definitiva, es la diferencia más notoria entre una y otras.

De todos modos, la referencia a las adjudicaciones de bienes y derechos determinados en el Derecho gallego puede ser útil en los casos en que se instituye un heredero universal, reconociendo, en su caso, los derechos de los legitimarios, si los hubiera y señalando bienes concretos con que ha de satisfacerse el derecho de aquél y éstos, sin tratarse propiamente de una partición hereditaria, que exige pluralidad de herederos.

D) *Partición hecha por el testador y normas particionales*

Distintas de las adjudicaciones de bienes concretos y determinados son las normas particionales consistentes en expresión de la voluntad o los deseos del testador de que la partición se haga de una cierta manera, a las que alude el artículo 275 LDCG para disponer que «habrán de observarse al hacer la misma» (en sentencia de 7 de septiembre de 1998, el Tribunal Supremo las definió como disposiciones «en las que el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione»). La eficacia vinculante de las normas particionales, exigible en la medida en que lo permita la divisibilidad de los bienes que conforman el caudal hereditario, lo que permitiría la impugnación de la partición que las obviara, no se extiende, a mi modo de ver, a la partición realizada por acuerdo unánime de los herederos, que podrán llevar a cabo sin atenerse a aquellas instrucciones (33). Incluso, y pese a la confusa dicción literal del artículo 294, en el Derecho Civil de Galicia los herederos podrán apartarse de la partición realizada por el

(32) Vid. además del ya citado artículo 55 del Código de Sucesiones de Cataluña, el artículo 53 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón.

(33) Sin embargo, en lo relativo a la partición por mayoría de los herederos, el artículo 295 LDCG exige que se realice «respetando en todo caso las disposiciones del causante».

testador a través del acuerdo de voluntades preciso y bien definido que exige el Tribunal Supremo en aplicación del Derecho Común para alcanzar tal efecto (34), que ha sido calificado como novación por contrato especial con ocasión de la partición (35). No se trata, pues, de la simplista afirmación de que la partición unánime de los herederos prevalezca sobre la realizada por el testador, sino de que aquellos podrán alcanzar acuerdos, de naturaleza ya no particional, sobre la distribución del patrimonio en forma distinta de la dispuesta por el causante.

Desde luego, no siempre será fácil distinguir la verdadera partición realizada por el testador de este otro tipo de disposiciones incorporadas al testamento, fuera de los casos en que Notarios, conocedores de los problemas que tal distinción entraña, hayan encabezado la cláusula atribuyéndole expresamente la naturaleza de norma particional. Uno de los indicios de tal carácter, en los casos en que no conste *expresis verbis*, puede ser el nombramiento de contador-partidor (36), pero no ha de olvidarse, como puso de manifiesto la Audiencia Provincial de Pontevedra en sentencia de 14 de junio de 2000 (37), que en ocasiones la designación de una persona que ocupe tal cargo no tiene más significado que el de un mero ayudante, colaborador o asesor del testador en la realización material de la partición, siendo ésta realmente el resultado de la declaración de voluntad de aquél y no del contador (38).

Por otra parte, siendo ciertamente discutido si una verdadera partición implica la verificación de todas las operaciones que suelen tenerse por propias de ésta (inventario, avalúo, liquidación y formación de los lotes o adjudicación de los bienes), en ocasiones se ha entendido que si el testador se limitaba a distribuir su patrimonio entre los ya instituidos en una determinada proporción, sin realizar ninguna de las demás aludidas operaciones, sus disposiciones habrían de ser tomadas sólo como normas particionales, sin que la partición hubiera sido, pues, efectivamente realizada ni con su fallecimiento se produjera, por tanto, transmisión de la propiedad alguna. En realidad,

(34) Vid. SSTs de 25 de febrero de 1966, 5 de marzo de 1991 y 4 de febrero de 1994 (RJ 1966/852, RJ 1991/1718 y RJ 1994/909, respectivamente).

(35) Así lo recoge MARTÍNEZ ESPÍN, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor, Aranzadi, 2001, pág. 1226.

(36) Así se consideró, en efecto, en sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 16 de marzo de 2006 (JUR 2006/132526), aunque fueron también elementos determinantes para alcanzar la conclusión de que no había verdadera partición que el testador ordenaba legados e instituía herederos en el remanente a sus hijos, designando contador-partidor.

(37) AC 2000/2469. Un supuesto similar, aunque no se discuta sobre las facultades del contador, se analizó en la sentencia de la misma Audiencia de 1 de julio de 2005 (JUR 2006/25364).

(38) Por ello el citado Tribunal no admite la validez de una adición a la partición realizada por el contador, al que no se le atribuyeron facultades para realizar la partición de la herencia, sino para llevar a cabo la ya efectuada por la testadora.

el Tribunal Supremo no ha mantenido siempre una línea unitaria en la materia, pues junto a Resoluciones como las de 7 de septiembre de 1998 (39), en que se adopta la posición más rígida sobre el carácter imprescindible de todas las operaciones antes aludidas para que la partición supuestamente realizada por el testador en su testamento realmente lo sea, razón por la que en ella se negó tal naturaleza, otras sentencias reconocieron la existencia de ésta sin la práctica de todas las aludidas operaciones. Así, la STS de 21 de julio de 1986 (40) destaca la validez de una partición en la que no se había procedido a la liquidación formal que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas, así como de los gastos, reconociéndole, en consecuencia, plena eficacia para conferir la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados a los herederos al fallecimiento del causante, «sin perjuicio (...) de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que pudieran ser necesarias para su plena virtualidad». En mi opinión, tiene razón MARTÍNEZ ESPÍN (41) cuando afirma que sólo resultan esenciales para poder calificar las operaciones de auténtica partición las de dividir y adjudicar que integran la distribución del patrimonio, lo que, en definitiva, de ser asumido así, determina, por otra parte, la pérdida de virtualidad de este segundo criterio apuntado en la búsqueda de alguno distintivo de las normas particionales y la partición por el testador.

E) *Forma*

Si bien las exigencias formales que la Ley de Derecho Civil de Galicia contiene en relación con la partición por el testador son poco rigurosas (tan sólo se precisa, como hemos analizado, la existencia de un testamento y que el acto particional se contenga en aquél o en un documento, de cualquier clase que sea, anterior o posterior), aún cabe preguntarse por la eficacia de una pretendida partición basada en los actos concluyentes del testador, que ha realizado la entrega de bienes a sus herederos. A mi modo de ver, esta distribución del patrimonio del testador, total o parcial, realizada sin base documental alguna, carece de efectos particionales, tanto en el Derecho Común (42) como en el gallego (salvo, acaso, lo previsto en este último en

(39) *RJ* 1998/6395. Tal orientación ha sido seguida por otras de Audiencias como la de Lugo, de 29 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/230215).

(40) *RJ* 1986/4575.

(41) *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1221.

(42) La Audiencia Provincial de Córdoba, en sentencia de 21 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143309), con cita de algunas del Tribunal Supremo, afirma que al no requerir nuestro ordenamiento forma especial alguna para la existencia de partición hecha por el causante, son válidas no sólo las realizadas en documento público o privado, sino también la verificada «por actos concluyentes del propio testador, como es la entrega o *traditio* de

relación con la partición conjunta, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges en el art. 277 LDCG), sin que sea título suficiente, pues, para producir la transmisión definitiva de la propiedad de los bienes al fallecimiento de aquél. Dejando a un lado el hecho de que ciertas transmisiones de bienes pudieran tener origen en los pactos sucesorios que la LDCG regula, en concreto la apartación (art. 224 LDCG) y la mejora con entrega de presente de bienes (art. 215 LDCG), podría tratarse de donaciones —en cuyo caso debe tomarse en consideración, obviamente, su posible inoficiosidad, de haber legitimarios, así como la necesidad de computar su valor para determinar el haber partible y de traerlas a colación si se hicieran a aquéllos—, o de trasposos posesorios ligados a derechos distintos de los dominicales —usufructo, por ejemplo— sin perjuicio de que exista voluntad del testador de realizar una partición en que la propiedad definitiva del bien se atribuya a quien tuvo la posesión a título distinto. Esta conclusión se refuerza, a mi juicio, en el Derecho Civil de Galicia, en que expresamente la ley exige que la partición hecha por el testador sea documental (art. 270.1.º). Por lo demás, la partición verbal, posible, aunque desaconsejable, en el marco del artículo 1.056 del Código Civil (43), tampoco es, obviamente, admisible en el Derecho gallego.

F) Vicisitudes subjetivas y objetivas posteriores a la partición hecha por el testador

La realización de la partición por el propio causante genera problemas específicos, no comunes a las demás particiones realizadas tras la muerte de aquél, entre los cuales, sin duda, desde el punto de vista subjetivo, los más relevantes son la aparición de un legitimario no contemplado en la partición y la designación por el causante, en testamento posterior a la partición, de un heredero voluntario antes no tenido en cuenta en la distribución de sus bienes, supuesto que quizá podría entenderse como revocación tácita de la partición. En cuanto al primero de los aspectos apuntados (44), es decir, la partición realizada sin contar con un legitimario, puede tratarse de preterición

los bienes a cada heredero, acompañada o rodeada de actos que evidencien la voluntad inequívoca de asignar la propiedad exclusiva de los mismos para el momento de su fallecimiento». Sin embargo, la sentencia de 28 de junio de 1961 (*RJ* 1961/2748), que menciona, resuelve en realidad sobre la eficacia de una partición en documento privado.

(43) La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007/195381), tras admitir, genéricamente, la validez de una partición que el testador hiciera verbalmente, niega que exista en el caso debatido por no poder deducirse con claridad que tal fuera la voluntad de aquél.

(44) Destaca RIVAS MARTÍNEZ (*Derecho de Sucesiones Común y Foral*. Tomo II. Vol. 2.º, Madrid, Dykinson, 3.ª ed, 2004, pág. 1485) que la preterición particional a que el artículo 1.080 del Código Civil alude comprende tanto la de un heredero forzoso como la de uno voluntario.

total (es decir, ni el testador le tuvo en cuenta en el acto particional ni en el dispositivo ni se le atribuyeron bienes en vida que se debieran imputar a su legítima), en cuyo caso deberían aplicarse los artículos 258-261 LDCG, con diferentes efectos, según se califique de intencional o no intencional, o de preterición únicamente particional del legitimario a quien se le asignó lo que como tal le correspondía en el testamento, siendo omitido en la partición, en cuyo caso ésta podría mantenerse, sin perjuicio de la reclamación de sus derechos a través de la correspondiente acción personal, computando, para la determinación de cuáles fueran aquéllos, lo hubiera recibido por cualquiera de los títulos a que hace mención el artículo 245 LDCG.

Por otra parte, el fallecimiento de uno de los instituidos herederos al que no se hubiera previsto un sustituto vulgar en el testamento puede resolverse, tal como propone VALLET DE GOYTISOLO (45), con la aplicación del artículo 1.079 del Código Civil, es decir, realizando una partición adicional de la porción que hubiera quedado vacante y conservando la realizada por el testador.

Desde la perspectiva de los bienes incluidos en la partición, las modificaciones más relevantes son la enajenación de algunos de ellos por el testador, que, a mi juicio, podrá provocar la aplicación —analógica, por cuanto es un precepto que regula la partición conjunta— del artículo 281 LDCG y la consiguiente ineficacia sobrevenida de la partición, si se alterase sustancialmente la base patrimonial de la misma, debiendo ser soportada la pérdida, en caso contrario, por los herederos (46), siempre a salvo los eventuales derechos legitimarios (acaso pudiera tomarse la conducta dispositiva como revocación parcial tácita) (47). La entrada de nuevos bienes en el patrimonio del testador será origen también de la aplicación del artículo 1.079 del Código Civil, si por su entidad, en relación con el patrimonio existente al tiempo de realización de la partición, no hubiera que entender que aquélla devino ineficaz, siendo necesario realizar *ex novo* otra distribución de los bienes.

(45) *Panorama de Derecho de Sucesiones*. Tomo II, Madrid, Civitas, 1982, pág. 887.

(46) Es discutible, ciertamente, si la pérdida patrimonial han de sufrirla sólo los adjudicatarios de los bienes en la partición que hubieran sido posteriormente enajenados o todos los herederos, en proporción a sus derechos. Vid. *infra* un breve apunte sobre el tratamiento de este tema en materia de partición conjunta.

(47) *Especiales perfiles* presenta, y sobre ello volveremos más adelante, la enajenación por parte del cónyuge superviviente de algún bien incluido en una partición conjunta con disposiciones expresamente configuradas en testamento mancomunado como correspondientes, es decir, poniendo de manifiesto que las adjudicaciones o atribuciones de bienes de uno de los cónyuges se habían realizado en atención y con causa en las que el otro a su vez hizo, pues el artículo 194.2.º LDCG prevé en cuanto a la enajenación, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges, de bienes comprendidos en este tipo de disposiciones recíprocamente condicionadas que el beneficiario de la disposición podrá reclamar el valor actualizado del bien de que el superviviente dispuso.

G) *Breve referencia a los actos particionales realizados por el comisario* (48)

En ejercicio de la facultad conferida en capitulaciones o testamentariamente, el cónyuge viudo nombrado comisario puede otorgar testamento, designando heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, realizando asimismo en tal documento la adjudicación de los bienes del difunto (arts. 197 y 200 LDCG), con la nota de revocabilidad propia de todas las particiones hechas en testamento y con efectos, por tanto, a la muerte del comisario. Nada regula la Ley 2/2006 sobre las características y requisitos de esta especial forma de partición, pero, a mi juicio, dado que el testamento por comisario constituye una excepción al personalismo que siempre se ha considerado inherente a aquél, al menos en el Código Civil y hasta ahora también en el Derecho Civil de Galicia (49), debemos darle el mismo tratamiento que a una partición hecha por el testador y, desde luego, no el propio de la realizada por un tercero al que el testador se lo encomendara (contador-partidor). Así, aunque hayan de respetarse las legítimas, con los efectos ya varias veces apuntados si así no se hiciera, no hay sujeción al principio de igualdad cualitativa de los lotes (art. 1.061 del CC) ni, a mi modo de ver, rescisión por lesión.

Las facultades que pueden conferirse al cónyuge comisario son amplísimas, pues, salvo restricciones impuestas por el cónyuge atribuyente, puede, además, optar por realizar la partición, total o parcialmente, por acto *inter vivos*, de forma unilateral o con la concurrencia e intervención de los designados herederos o legatarios, en cualquier momento de su vida, a no ser que se le hubiera señalado plazo. Tal partición por acto *inter vivos* es, según dicción literal del artículo 200 LDCG, irrevocable, transmitiéndose la propiedad y posesión de los bienes con la aceptación del hijo o descendiente (50), sin que resuelva la Ley las consecuencias de una eventual falta de aceptación por parte de éstos (51).

(48) No constituye objeto propio de este estudio profundizar en el de esta interesante institución sucesoria de la Ley 2/2006, que, evidentemente, merece tratamiento autónomo y detallado en otro lugar.

(49) Recuérdese que la figura del testamento por comisario que regulaba la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, no era realmente sino delegar en el cónyuge viudo la facultad de hacer mejoras a los hijos o descendientes comunes, también contemplada en el artículo 831 del Código Civil, después profundamente modificado ampliando el ámbito de actuación del cónyuge supérstite. Hoy, sin embargo, el Derecho Civil de Galicia sí contiene una verdadera excepción a la concepción del testamento como acto personalísimo, un auténtico testamento hecho por otro al que se ha atribuido facultad testatoria.

(50) Téngase en consideración que nadie puede ver incrementado su patrimonio sin expresión de una voluntad positiva en ese sentido y que no ha podido haber aceptación de la herencia del causante por falta de delación, que al nombrar comisario, se pospone a un momento posterior al de la muerte del que otorgó la facultad testatoria.

(51) Sobre el testamento por comisario puede verse la regulación contenida en los artículos 32 a 48 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco

2. LA PARTICIÓN CONJUNTA Y UNITARIA

La partición realizada por el testador es, en el Derecho Común, un negocio unilateral y, consecuentemente, está viciada de nulidad la realizada por uno de los cónyuges, según doctrina jurisprudencial reiterada, cuando se adjudican bienes gananciales sin haberse practicado previamente la pertinente liquidación (52), pues las facultades de dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio no pueden hacerse extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos.

Ello no ha sido obstáculo para que la realidad permitiera apreciar la voluntad frecuente de los esposos de realizar la partición de sus bienes de forma coordinada y conjunta, que, en todo caso, ha debido de instrumentalizarse a través del otorgamiento de testamentos separados —dada la prohibición del testamento mancomunado del art. 669 del Código Civil— que contenían los correspondientes actos particionales. Así, excepcionalmente, en alguna ocasión han admitido los tribunales, incluido el Supremo, una partición, que se ha denominado «conjunta», realizada en sus respectivos testamentos de forma idéntica por los cónyuges, sin liquidar la sociedad de gananciales y disponiendo de los bienes de ambos (53).

y en torno a la fiducia sucesoria, con perfiles singulares si es conferida a favor del cónyuge viudo, los artículos 124 a 148 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Aragón, figuras ambas con indudables paralelismos con la que ahora contempla la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia.

(52) Cuestión diferente es la validez del legado de cosa ganancial en los términos regulados en el artículo 1.380 del Código Civil.

(53) Así puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9756), que resuelve que «si bien es cierto que el testador no puede por sí sólo practicar la partición de sus bienes propios incluyendo en ella bienes gananciales (sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1959 [*RJ* 1959/4499], 17 de mayo de 1974 [*RJ* 1974/2068], 3 de marzo de 1980 [*RJ* 1980/1016], 7 de diciembre de 1988 [*RJ* 1988/9301], entre otras), también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, con las muy específicas circunstancias que lo configuran, los padres testadores, que no tenían más patrimonio que dos bienes gananciales (la casa familiar y un trozo de terreno de olivar) y carecían en absoluto de bienes privativos, mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos, otorgados el mismo día y ante el mismo Notario (con lo que no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente), manifestaron su clara e inequívoca voluntad de partir dichos dos bienes comunes únicos entre sus hijos, en la forma que expresan en las totalmente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 2.º y 3.º del Fundamento Jurídico primero de esta Resolución) de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta (aunque no mancomunada) y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, la que consideraron y la hicieron innecesaria desde el momento en que se legaron recíprocamente (el que muriera antes en favor del supérstite), en pago de sus derechos legítimos (así se dice en el testamento), el usufructo universal y vitalicio de esos dos referidos bienes, únicos existentes, en la parte que los mismos pudiera corresponder a cada testador, cuya cláusula (que es la tercera de cada uno de esos dos testamentos) fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos

Muy diferente de la del Código Civil es la regulación del Derecho Civil de Galicia ya desde la Ley 4/1995, que, tras una práctica notarial continuada volcada en ese mismo propósito, pone al servicio de los intereses y necesidades de los cónyuges, aunque no necesariamente vinculados, tanto el otorgamiento de testamento mancomunado como la partición conjunta y unitaria, antes apenas apuntada en los artículos 157 y 158 y ahora mucho mejor desarrollada en la Ley 2/2006 (arts. 276-282), especialmente en lo relativo a su eficacia y revocación, sin duda las cuestiones prácticas más problemáticas.

Sin restricción alguna, los cónyuges pueden realizar una partición conjunta y unitaria (en un solo documento), cualquiera que fuera el régimen económico de su matrimonio, la forma en que hubieran testado o en el futuro lo hagan y la titularidad —privativa, común o ganancial— de sus bienes. Así, respetando las legítimas a que den lugar, en su caso, las herencias de ambos, podrán éstas pagarse, siendo los legitimarios hijos o descendientes comunes, con bienes comunes o de cualquiera de los esposos. La misma posibilidad se brinda hoy a las parejas de hecho (incluidas las compuestas por personas del mismo sexo) que reúnan los requisitos de la Disposición Adicional 3.^a (54).

de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982. Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.056 del Código Civil admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella», dice el precepto—, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1986 [RJ 1986/4575]) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1.075, en relación con el 1.056, ambos del Código Civil, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. Por todo lo expuesto, el presente motivo primero también ha de ser estimado».

(54) La Ley 2/2006 no contempla expresamente la incidencia de las crisis matrimoniales en la eficacia de la partición conjunta, pero sí contiene en los artículos 277 y sigs. continuas referencias a la condición de cónyuges de los otorgantes no sólo en el momento de la realización, sino también del fallecimiento de ambos o de uno de ellos, por lo que, a mi juicio, no siéndolo ya a causa de una sentencia firme de nulidad o divorcio la partición devendría ineficaz o quizá, en el caso de la nulidad, también nula a causa de los efectos retroactivos de la sentencia (GUTIÉRREZ ALLER —en «Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio», en *Revista Xurídica Galega*, 1992, págs. 414 y 415— entendía, a la luz de la Ley 4/1995, que el divorcio posterior a la realización de la partición no afectaba a la validez de ésta, pero sí la declaración de nulidad del matrimonio. Opinión distinta de la sustentada aquí ha defendido también recientemente LEGERÉN MOLINA —*La partición conjunta en el Derecho gallego*. Universidade da Coruña, 2007, págs. 188 y 189— en el caso de divorcio). Problemas peculiares plantean la sepa-

Sin duda, el artículo 276 *in fine* resalta una de las notas más propias de la verdadera partición conjunta y unitaria de los cónyuges, la formación de una masa patrimonial única con los bienes de cada uno de ellos y los comunes, que serán adjudicados para cubrir las cuotas de las instituciones, sin reparar en el origen de los mismos, de forma tal que el haber de cada heredero quedará satisfecho con bienes procedentes de cualquiera de los patrimonios. Diferente será la partición conjunta no unitaria, es decir, aquélla en que los cónyuges organizan separadamente su sucesión tras el otorgamiento de dos testamentos individuales, con liquidación de la sociedad de gananciales y distribución de los bienes que integran el patrimonio de cada uno de ellos, que si es admitida por doctrina y jurisprudencia en el ámbito de aplicación del Código Civil no hay dificultades en hacerlo también en el Derecho Civil de Galicia, si bien no es, indudablemente, la partición a que se refieren los artículos 276 y siguientes LDCG y exige partir de planteamientos diferentes en cuanto a su eficacia y revocación, que podrá ser unilateral por parte de cada uno de los esposos, sin afectar a la subsistencia de la otra (55).

Desde el punto de vista formal, ante la inexistencia de norma especial para este tipo de partición y dado que no deja de ser una modalidad de la partición realizada por el testador, habrán de aplicarse las disposiciones generales previstas para ésta, por lo que bastará, en caso de que el acto particional no se haga conjuntamente con las disposiciones testamentarias, la existencia de sendos testamentos o de uno mancomunado, anteriores o posteriores, y forma documental, pública o privada (art. 270.1.º LDCG). No obstante, han de destacarse las peculiaridades del régimen jurídico de la partición conjunta y unitaria que los cónyuges hicieran en testamento mancomunado otorgando de forma expresa a las estipulaciones con que le dieran forma el carácter de correspectivas, en el sentido del artículo 187.2.º LDCG, en particular por la incidencia que ello tiene en materia de revocación.

A) *Eficacia*

Realizada la partición conjunta y unitaria pueden distinguirse, en relación con su eficacia, tres estadios distintos, siendo particularmente complejo el segundo de ellos:

ración, tanto judicial como de hecho, y la pendencia de un proceso matrimonial de nulidad o divorcio en caso de que no se hubiera revocado la partición por ninguno de los cónyuges, supuestos en que, a mi modo de ver, aunque se verán afectadas ex artículo 208, las disposiciones de uno a favor del otro, salvo voluntad testamentaria en contra, podrían entenderse subsistentes las disposiciones a favor de terceros.

(55) Puede verse el estudio de la que él denomina «partición conjunta con objeto separado», en LEGERÉN MOLINA, *op. cit.*, págs. 275-277.

a) *En vida de ambos cónyuges*, al margen de que puedan hacerlo conjuntamente, cualquiera de ellos puede revocarla de forma unilateral, quedando ineficaz en su totalidad desde que se notifica fehacientemente dicha revocación al otro (56). En cuanto a las formas de revocación parece instrumento idóneo, aunque no único, el otorgamiento de testamento posterior incompatible. No obstante, podrá hacerse en cualquier forma y la expresión de esa voluntad de dejar sin efecto la partición realizada contenido único del acto. Sin perjuicio de que la partición haya de tener sustento en un testamento, anterior o posterior, expresada la voluntad revocatoria de la misma, no se exige en modo alguno en la Ley forma testamentaria y si bien puede recogerse la manifestación de voluntad de dejar sin efecto la partición conjunta en un documento notarial y por este mismo conducto realizar la pertinente notificación al otro esposo, ello no parece, a la luz del Derecho positivo, necesario, pudiendo el revocante limitarse a hacer llegar al otro cónyuge su voluntad revocatoria de forma que haga prueba por sí misma (a través de burofax, por ejemplo), sin hacer uso de conducto notarial alguno (57). Mención aparte merece el caso de partición conjunta hecha en testamento mancomunado, dado que éste sólo puede ser revocado, como establece el artículo 192.1.º LDCG, por testamento abierto notarial, exigencia formal que creemos debe hacerse extensiva también a la partición en el mismo contenida.

En todo caso, la partición conjunta y unitaria en esta fase carece de eficacia alguna y los cónyuges podrán realizar actos de disposición de sus bienes con los requisitos que la naturaleza de los mismos exija. Es de interés determinar, por tanto, cuál es la posición jurídica de los herederos a quienes se les asignaron bienes después válidamente enajenados, sin que se hubiera revocado conjunta o unilateralmente por los cónyuges la partición realizada por ambos. Ciertamente es que el artículo 281 LDCG alude a la posibilidad de impugnar dicha partición y dejarla sin efecto cuando pueda apreciarse la alteración «de forma sustancial» de la base patrimonial de la misma por enajenaciones voluntarias o forzosas, dejándose así el camino expedito para la práctica de una partición judicial y, a mi juicio, para la que puedan realizar los herederos a través de acuerdo unánime, pues no parece existir obstáculo para entender la expresión del artículo 294 LDCG «cuando el testador no tuviera hecha la partición» como comprensiva también de los supuestos en que ésta resultase ineficaz.

De todos modos, quedan aún sin resolver los supuestos en que, no siendo la alteración de la base patrimonial sustancial, se haya enajenado algún bien

(56) A mi juicio, el conocimiento real y efectivo de la revocación por parte de quien debería haber sido notificado ha de producir idéntico efecto.

(57) En contra, FREIRE BARRAL, en *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit., vol. II, págs. 1081 y 1082.

integrante del lote adjudicado a uno de los herederos. Podría pensarse que una interpretación *a sensu contrario* del artículo 281 LDCG conduce a afirmar que, si no existe vulneración de sus derechos legítimos, el perjudicado carecerá de acción judicial alguna y habrá de asumir el decrecimiento de la atribución patrimonial *mortis causa*, respecto de la prevista inicialmente en la partición con las adjudicaciones de bienes, aunque ello ocasione un desequilibrio respecto de los otros herederos cuyos lotes no experimentan merma alguna y que pudieran haber sido instituidos, incluso, en la misma cuota. Como antes indicábamos, ello podría tomarse como una revocación parcial tácita de la partición. Sin embargo, en realidad es discutible que la apuntada sea una verdadera interpretación *a contrario sensu* del precepto citado, pues ésta, propiamente, no llevaría más que a afirmar la eficacia de la partición y no contendría determinación alguna sobre quién habría de sufrir la correspondiente pérdida. En este sentido, en relación con la partición individual realizada por el testador en el régimen del Código Civil, autores como VALLET (58) o DE LA CÁMARA (59) han considerado que si la interpretación testamentaria no conduce a averiguar cuál fue su voluntad en tal hipótesis (así, si dispuso algo sobre la compensación o no a los herederos por los daños o deterioros que experimentarían los bienes adjudicados en la partición) lo más razonable es entender que la enajenación desnivela la partición y debe ser rectificada modificando las hijuelas y compensando al que fue señalado como adjudicatario del bien enajenado.

b) *Fallecido uno de los esposos*, la partición no será todavía eficaz a no ser que el sobreviviente opte por dar cumplimiento «en su integridad» a sus previsiones a través de atribuciones patrimoniales *inter vivos* (art. 277 LDCG). En mi opinión, el inciso final de este precepto que contempla la plenitud de efectos de la partición conjunta y unitaria de los cónyuges, estando vivo todavía uno de ellos, es uno de los más perturbadores de los que la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia dedica a la materia sucesoria (60). Se trata de una adquisición patrimonial de muy peculiar naturaleza jurídica que suscita además dudas sobre si por «atribuciones patrimoniales *inter vivos*» ha de entenderse realizar, simplemente, la *traditio* de los bienes, que

(58) *Panorama del Derecho de Sucesiones*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 888.

(59) En *Com. Min.* Tomo I., cit., pág. 2523.

(60) Quizá el precepto pretenda dar cuerpo legal a ciertas prácticas, constatadas al menos con dos modalidades distintas, por las que el viudo pretendía dejar resuelta de forma anticipada la partición, bien por la vía de las adjudicaciones parciales de bienes, con consentimiento de los herederos adjudicatarios y, en caso de que existieran, de los legítimos, bien por la vía de la formación de dos lotes, correspondiendo una mitad indivisa al supérstite (además de los derechos usufructuarios que procedieran en el otro) y realizando éste actos dispositivos de los bienes en vida mediante donaciones o pactos sucesorios (vid. BOTANA TORRÓN, *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit., págs. 1060 y 1061).

tendría como título, para dicho traspaso posesorio, la partición misma, o si sería necesario, lo que no creemos, formalizar un negocio jurídico autónomo. En esta última línea se ha pronunciado, diversamente, BOTANA TORRÓN (61) para quien las atribuciones patrimoniales *inter vivos*, a que se refiere el artículo 277 LDCG, deberán necesariamente hacerse efectivas a través de donaciones, pactos de mejora o apartaciones.

En todo caso, si esta forma *sui generis* de transmisión patrimonial que puede seguir a la partición conjunta tras el fallecimiento de uno de los cónyuges se entendiera con independencia de otros negocios jurídicos autónomos, sean donaciones o ciertos pactos sucesorios, ello exigiría una adaptación de los criterios que la legislación hipotecaria contiene en torno a la inscripción registral de la partición, por cuanto los artículos 76 y 80 RH exigen para inscribir las adquisiciones de bienes por sucesión testada cuando hay más de un heredero que se aporte, junto con la partición hereditaria, la certificación de defunción del causante, fallecimiento que en este caso sólo se ha producido en relación con uno de los cónyuges. En todo caso, la plenitud de efectos de la partición a que se refiere el artículo 277 LDCG supone la adquisición de la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados por parte de cada heredero sin supeditación alguna al fallecimiento del cónyuge sobreviviente, lo que permitiría, por ejemplo, acreditar el título dominical en el ejercicio de una acción reivindicatoria, probando que pertenecía el bien al cónyuge de que se trate (62). Para el acceso al Registro del derecho dominical de los herederos parece imprescindible un documento público en el que el cónyuge supérstite declare su voluntad de dar cumplimiento a la partición conjunta y unitaria tras la muerte de su esposo o esposa y de transmitir los bienes a los instituidos herederos, en los términos en que les fueron adjudicados en el acto particional.

Por otra parte, la eficacia anticipada plena del acto particional conjunto y unitario exige que el supérstite lo respete íntegramente, lo que entendemos no ocurriría si se reservara algún derecho real sobre ciertos bienes objeto de las adjudicaciones (un usufructo o un derecho de habitación, por ejemplo) o impusiera a los herederos el pago de una renta vitalicia que gravase la transmisión *inter vivos* de la propiedad de los bienes. Tales modificaciones del contenido de la partición cambiarían el título de la adquisición patrimonial,

(61) En *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit., págs. 1063-1066.

(62) En la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 12 de marzo de 1998 (AC 1998/4045), se tenía que considerar, sin embargo, que la partición conjunta hecha por los cónyuges no era título de dominio en el ejercicio de una acción reivindicatoria por parte del heredero al que se adjudicó un bien porque no constaba que el testamento obrante en autos fuera el último del marido ni la esposa había fallecido todavía.

que no sería ya aquella sino un negocio *inter vivos*, y la propia entidad y contenido de los derechos transmitidos (63).

En segundo término, el cónyuge supérstite puede decidir no propiciar la eficacia de la partición tras la muerte del otro esposo con las correspondientes atribuciones patrimoniales *inter vivos* y diferirla al tiempo de su propio fallecimiento, según la regla general de producción de efectos de las particiones hereditarias. Se crea así una peculiar y hasta ahora inexplorada situación jurídica caracterizada, inicialmente, por la carencia de facultades de los instituidos herederos por el fallecido para instar judicialmente que se practique la correspondiente partición, en realidad ya realizada por el propio testador, aunque por el momento ineficaz. Además, en lo atinente a las legítimas, no podrán reclamarlas los hijos o descendientes comunes, aunque se haya dispuesto que les sean satisfechas con bienes privativos del premuerto, hasta el fallecimiento del otro cónyuge, norma profundamente perturbadora del funcionamiento del principio clásico de la intangibilidad de las mismas, que, sin embargo, en los últimos años ha sido también matizado en el Código Civil a través de la reforma de preceptos como el artículo 831 en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Más conflictivo aún resulta el tema ante la existencia de legitimarios que lo fueran sólo del cónyuge fallecido, situación nada infrecuente en la actualidad en que proliferan los segundos matrimonios, disuelto el primero por divorcio, o varias relaciones de hecho, con descendencia en cada caso. A mi modo de ver, deberán también ellos esperar para hacer efectivos sus derechos legitimarios al fallecimiento del cónyuge de su ascendiente fallecido, sin perjuicio de que pueda concluirse que, aunque la Ley no impida su utilización en esos casos, no es la partición conjunta unitaria la forma jurídica más idónea para partir su patrimonio hereditario los esposos cuando existen descendientes no comunes. No parecen existir dudas tampoco, afirmado lo anterior, sobre el hecho de que los herederos voluntarios del premuerto habrán de esperar al fallecimiento del otro cónyuge para percibir sus derechos.

En cualquier caso, muchas de las dificultades de orden práctico que se suscitan en torno a la partición conjunta y unitaria de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges derivan de los problemas para encajar la situación jurídica creada en virtud de aquella en las categorías dogmáticas del Derecho de Sucesiones que conocemos y manejamos. En primer término, la partición realizada por el testador en el régimen del Derecho Común, ex artículo 1.056 del Código Civil, tradicionalmente ha sido tratada por la doctrina como un supuesto en que no

(63) Por otra parte, a mi juicio, el supérstite no puede decidir la transmisión antes de su fallecimiento sólo de algunos de los bienes objeto de la partición, debiendo ser objeto de aquella, en su caso, la universalidad de los mismos.

llegaba a nacer la comunidad hereditaria, puesto que con la muerte de aquél cada heredero adquiriría, obviamente, si aceptaba la herencia, la propiedad exclusiva de los bienes que le habían sido adjudicados, mientras que en el caso que estudiamos es difícil determinar si existe comunidad hereditaria, es una comunidad *sui generis*, similar a la postganancial o ni siquiera existe ninguna forma comunitaria (64). La cuestión es de particular interés en relación con los actos de administración que hayan de realizar sobre bienes que eran privativos del premuerto, así como en lo atinente al aprovechamiento de los frutos o rendimientos que los mismos generen.

Guarda silencio al respecto la Ley gallega, que sólo regula el régimen jurídico de los actos dispositivos sobre los bienes objeto de la partición, exigiendo consentimiento del supérstite y de los herederos del fallecido para disponer de los privativos de éste y de los gananciales, mientras que el viudo conserva íntegras sus facultades sobre sus bienes propios (art. 278 LDCG). Resulta indudable que, en función de un puro argumento lógico, él sólo podrá realizar actos de administración sobre sus bienes y aprovechará sus rendimientos, pero no lo es tanto el régimen propio de los bienes que eran privativos del premuerto ni siquiera de los que fueron gananciales. Sin perjuicio de que podríamos asimilar los actos de administración extraordinaria a los dispositivos, exigir el concurso de todos los herederos del fallecido y el cónyuge sobreviviente para los de administración ordinaria sobre bienes gananciales y privativos del fallecido parece desmesurado. Desde luego, la ponderada previsión notarial hará probablemente cláusula de estilo en las particiones conjuntas de los cónyuges la designación de un administrador —casi con total seguridad, en la mayoría de los casos, el supérstite (65)—, con lo que las disquisiciones que siguen serían innecesarias y el régimen jurídico de los bienes se clarificaría convenientemente. No obstante, es preciso reflexionar, siquiera brevemente, acerca de la solución que debe adoptarse en los casos en que no exista cláusula en el acto particional que prevea el nombramiento de administrador, lo que podrá ser más frecuente en los casos en que la partición se formalice en documento privado, si no hubo el debido asesoramiento por parte de letrado conocedor del problema.

Dado que la partición inicialmente es ineficaz hasta el fallecimiento de ambos cónyuges, creemos aplicable el artículo 398 del Código Civil para la administración de los bienes que eran privativos del premuerto y consideramos suficiente la mayoría económica de los herederos de aquél en la toma de

(64) Por una «comunidad *sui generis* a medio camino entre los casos en los que no existe partición y aquellos otros en los que el testador efectúa diligentemente el reparto de sus bienes» se inclina FREIRE BARRAL (en *Derecho de Sucesiones y régimen económico-familiar de Galicia*, cit, pág. 1107).

(65) Quizá pueda servir de modelo lo que prevé el artículo 831.2.º del Código Civil, tras la reforma de este precepto por Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

decisiones de tal tenor (66). Aunque parece de difícil encaje en un supuesto en que ya no será necesario practicar la partición cuando fallezca el segundo cónyuge, no ha de olvidarse tampoco el contenido del artículo 1.063 del Código Civil que prevé la posibilidad de reintegros o reembolsos entre los herederos al tiempo de realizar aquélla si alguno de ellos, individualmente, afrontó gastos u obtuvo rendimientos de los bienes (quizá su sentido puede mantenerse en relación con una rendición de cuentas final).

En lo relativo a los bienes que fueron gananciales podemos, a mi juicio, considerar subsistente una comunidad análoga a la postganancial (67), no regulada, como es sabido, en el Código Civil, pero cuyo régimen jurídico han venido conformando doctrina y jurisprudencia, asimilándolo a una comunidad de tipo romano, *pro indiviso*, regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sin que recaiga la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la misma, de forma que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (68). No obstante, aquí compartimos la idea expresa por RIVERA FERNÁNDEZ de que el viudo ha de ser siempre partícipe en las decisiones de administración de los bienes, al ser, por una parte, cotitular del patrimonio indiviso, y por otro, usufructuario de una cuota de la herencia del premuerto donde se incluye la cotitularidad que éste ostentaba sobre el patrimonio ganancial (69).

b') *La revocación unilateral de la partición por el supérstite*. El cónyuge viudo puede optar también por dejar sin efecto la partición revocándola, tal como dispone el artículo 280 LDCG. En defecto de previsión legal para la conjunta unitaria de los cónyuges y dado que la partición participa de la revocabilidad propia de los actos *mortis causa*, no creemos que exista límite temporal alguno para el ejercicio de la facultad revocatoria. Del mismo modo que un testamento otorgado muchos años antes puede dejarse sin efecto en

(66) Tómesese en consideración que si se hubiera instituido el usufructo universal de viudedad habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 233 y sigs. LDCG, sobre las facultades del supérstite.

(67) Suele denominarse comunidad postganancial a la figura jurídica existente en la fase comprendida entre disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, mientras que, por naturaleza propia de la partición conjunta y unitaria, ésta última en estos casos no tendrá lugar.

(68) Sobre el régimen jurídico de la comunidad postganancial, aunque casi siempre en relación con actos de disposición, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 (*RJ* 2003/6657), 23 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10689), 26 de abril de 1997 (*RJ* 1997/3542), 28 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998/7290), 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000/3926), 23 de enero de 2003 (*RJ* 2003/607) y 10 de julio de 2005 (*RJ* 2005/8991), entre otras.

(69) *La comunidad postganancial*. Barcelona, Bosch, 1997, págs. 115 y 116. Pese a su opinión contraria, recoge este autor la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de diciembre de 1973 (*RJ* 1973/4780), cuya doctrina estima incorrecta, que considera irrelevante la existencia de un usufructo a los efectos del cómputo de la mayoría del artículo 398 del Código Civil para realizar actos de administración.

el último día de vida, pues hasta entonces no existen derechos adquiridos sino simples expectativas sucesorias, la partición puede revocarse por el supérstite en cualquier momento. Creemos que no podría impugnarse el ejercicio muy tardío de la revocación como acto contrario a la buena fe por haber suscitado una confianza en los instituidos herederos en que serían de su propiedad exclusiva los bienes adjudicados en el acto particional. El cónyuge viudo conserva plenas sus facultades dispositivas sobre sus bienes propios incluidos en la partición, enajenaciones que, como prevé el artículo 281 LDCG pueden ser causa de una ulterior ineficacia de aquélla —quizá ello puede entenderse como revocación tácita en algunos supuestos— y son asimismo omnímodas sus facultades para dejar sin efecto aquélla, aun sin enajenaciones de bienes.

El legislador gallego ha optado, pues, por no hacer irrevocable la partición conjunta al fallecimiento de uno de los esposos, sin duda tomando como punto de referencia la confianza existente entre ellos como sustrato de tal forma de partir y la posibilidad de que sobrevengan circunstancias que no pudieran preverse en vida de ambos cónyuges y aconsejen un cambio de criterio en la distribución del patrimonio familiar. Cabe aún preguntarse si la conclusión ha de ser la misma en caso de que la partición esté contenida en testamento mancomunado y se haya configurado sobre la base de disposiciones correspectivas, pues el régimen jurídico de éstas es, como es sabido, el de la irrevocabilidad fallecido uno de los esposos (art. 191.2.º LDCG). En efecto, como ya lo defendió, estando vigente la Ley 4/1995, ALBA PUENTE (70), los esposos y ahora también la pareja de hecho asimilada ex Disposición Adicional 3.ª pueden escoger el modelo de la partición conjunta excluyendo la revocabilidad unilateral por el supérstite si han configurado de forma expresa el contenido particional, parte de un testamento mancomunado, como disposiciones correspectivas, en el sentido del artículo 187.2.º LDCG. De este modo refuerzan una partición que sólo en vida de ambos podrá dejarse sin efecto (art. 191.2.º), lo que permite en todo caso al que no llevara a cabo la revocación —de ser ésta unilateral— conocer por la vía de la pertinente notificación tal circunstancia y proceder jurídicamente en consecuencia.

c) *A la muerte de ambos cónyuges*, la eficacia de la partición conjunta no revocada será, en principio, plena. Sin embargo, además de su posible ineficacia sobrevenida a causa de la alteración sustancial de la base patrimonial que la componía por enajenaciones de bienes (art. 281 LDCG) puede plantear problemas la entrada de nuevos bienes en el patrimonio de los cónyuges desde la realización del acto particional, supuesto que en la partición unilateral del testador que regula el Código Civil será origen tan sólo, en términos generales, del complemento o adición a que hace referencia el ar-

(70) En *Derecho de Sucesiones de Galicia*, cit., pág. 246.

título 1.079 del Código Civil (71), sin duda no fácil de realizar en el caso de una partición conjunta y unitaria realizada por los cónyuges con una cierta, aunque no lo sea propiamente en sentido técnico, confusión patrimonial a la que alude el propio texto legal en el artículo 278 *in fine*.

B) *Ineficacia de la partición conjunta*

Sin detenernos en mencionar las causas de ineficacia propias de toda partición realizada por el testador y apuntando sólo las específicas de la conjunta y unitaria, además de los supuestos de revocación expresa, bilateral o unilateral, previstos por la Ley 2/2006, y los de ineficacia sobrevenida por enajenaciones que hubieran alterado de forma sustancial su base patrimonial, ya mencionados, la partición conjunta, por su naturaleza instrumental para la ordenación global del destino del patrimonio familiar, ha de entenderse ineficaz, como ya pusimos de relieve en otro lugar, si a la muerte del primero de los cónyuges estuvieran divorciados quienes la realizaron o su matrimonio hubiera sido declarado nulo, así como si, en el caso de haber sido sus autores los componentes de una pareja no casada que cumpliera los requisitos de la Disposición Adicional 3.^a, la unión se hubiera roto y ello hubiera tenido el correspondiente reflejo en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia.

Finalmente, ténganse en consideración, a los efectos de la posible nulidad de una partición conjunta y unitaria, las reflexiones con las que abríamos este artículo sobre la aplicabilidad del Derecho Civil de Galicia en materia de partición hereditaria, en particular lo apuntado en torno al artículo 9.8.º del Código Civil y los posibles cambios de vecindad civil de los cónyuges en el periodo comprendido entre la realización de una partición conjunta, siendo ambos gallegos, y el momento de su fallecimiento, cuestión donde parece tener relevancia la forma en que aquélla se hiciera —en testamento mancomunado o en documento no testamentario—.

(71) No se olvide, sin embargo, la doctrina jurisprudencial que considera la partición nula e inaplicable el artículo 1.079 del Código Civil cuando los bienes omitidos eran esenciales por su valor económico en el patrimonio hereditario, siendo entonces necesario practicar una nueva (pueden verse las SSTs de 7 de enero de 1975 —*RJ* 1975/12— y 30 de marzo de 1993 —*RJ* 1993/2541—).

RESUMEN

PARTICIÓN POR EL TESTADOR EN GALICIA

La consolidación y el desarrollo que del Derecho Civil de Galicia significa la aprobación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, se manifiesta especialmente en el ámbito del Derecho Sucesorio. Si bien la Ley anteriormente vigente (de 24 de mayo de 1995) recogía ya algunas de las especialidades en el Derecho gallego de la partición realizada por el testador y, en particular, la figura de la partición conjunta, instrumento utilizado en Galicia por los esposos para la distribución del patrimonio familiar, el nuevo texto legal completa el régimen jurídico de ésta, en particular en lo atinente a su revocación y da refrendo normativo a algunas soluciones que los tribunales venían aportando en cuestiones más generales de la partición realizada por el testador como la diferencia entre partición y normas particionales o la posibilidad de hacerla en documento no testamentario. Por otra parte, la nueva concepción que de las legítimas subyace en la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia, revolucionaria en relación con la propia del Código Civil, conduce a replantear temas que tienen una respuesta diferente a la del Derecho Común y la equiparación, en derechos y deberes, a los cónyuges que a los efectos de la propia Ley realiza la Disposición Adicional 3.^a para las parejas de hecho que cumplan ciertos requisitos obliga a considerarlas ahora como posibles otorgantes de una partición conjunta y unitaria, temas todos ellos objeto del presente estudio.

ABSTRACT

PARTITION BY THE TESTATOR IN GALICIA

Act 2/2006 of 14 June signified the consolidation and implementation of Galician civil law, as shown especially in the realm of succession law. Although the act previously in force (the Act of 24 May 1995) already reflected some of Galician law's special features in partition by the testator and particularly the concept of joint partition (an instrument used in Galicia by spouses for the distribution of the family estate), the new law supplements the old law's system, particularly as concerns revocation, and it furnishes legislative support for some solutions that the courts have been giving in more general matters of partition by the testator, such as the difference between partition and partition rules or the possibility of making a partition in a non-testamentary document. Furthermore, the new take on legitimes underlying the new Civil Law Act of Galicia, which is revolutionary in connection with the Civil Code's approach, leads to a reconsideration of issues that receive a different response than in common law. Also, for the purposes of the act itself, additional provision three regards registered partners who meet certain requirements as equal to spouses in rights and in duties, thus forcing registered partners to be considered potentially able to perform a joint, unitary partition. All these issues are dealt with in this article.

(Trabajo recibido el 29-12-06 y aceptado para su publicación el 04-12-07)