

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Planteamiento general.*—II. *La doctrina de la Sentencia.*—III. *Reflexiones sobre la doctrina de la Sentencia.* 1. La partición hecha por el propio causante y su posible carácter contractual. A. Razón de ser de la duda en esta materia. B. Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el artículo 1056. C. El significado contractual de la partición a la luz de los antecedentes históricos. D. Nuestra opinión. 2. La partición por el causante y el reparto *inter vivos* en la práctica jurisprudencial. A. Sistematización de los posibles supuestos. a) Reparto *inter vivos* con causa onerosa. b) Reparto *inter vivos* con causa gratuita. c) Actos *inter vivos* de reparto dependientes de la partición y subordinados a ella. B. La prohibición de los pactos sucesorios como pretendido obstáculo para la admisibilidad de las anteriores figuras. a) Los límites externos de la prohibición de los pactos sucesorios. b) El verdadero contenido de la prohibición de la sucesión contractual. c) Las donaciones *mortis causa* en nuestro ordenamiento. 3. El mantenimiento de las facultades de disponer del causante. 4. Formalidades necesarias para la partición.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Sentencia que motiva estas líneas debía resolver sobre la titularidad de determinados bienes inmuebles que habían sido objeto de un procedimiento de embargo. Según el acreedor, dichos bienes pertenecían a los deudores, y según el tercerista de dominio, todavía no se había producido la transmisión puesto que el título del que los deudores traían causa era una simple partición realizada en acto *inter vivos*, que, por no haber fallecido todavía la causante de la herencia, no había producido aún efecto transmisivo. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la tercería por considerar que los bienes se habían transmitido a los deudores por efecto de esa partición *inter vivos*. Por contra, para el Tribunal Supremo esa transmisión no se había realizado, por lo que se ve obligado a casar la Sentencia recurrida. El Tribunal Supremo considera que la correcta interpretación del artículo 1056 Cc es la siguiente: a pesar de que el precepto hable de partición por acto *inter vivos*, no estaríamos ante un

acto eficaz *ante mortem* que pudiera tener virtualidad transmisiva con independencia del título sucesorio¹. Además, con menos relación con los requerimientos del caso, el Tribunal Supremo aprovechó para afirmar que la partición *inter vivos* tiene carácter revocable.

Nosotros, aunque pudiéramos estar de acuerdo con que en el caso contemplado la transmisión de los bienes a los deudores no se había producido efectivamente², pensamos que se puede discutir que esa conclusión deba aceptarse como premisa ineludible en cualquier caso que se pueda presentar. El motivo de estas líneas es precisamente resaltar la posibilidad de que existan negocios, relativos de algún modo a la partición de una herencia futura, que tuvieran carácter irrevocable e incluso efectos transmisivos actuales. Para descartar esta eficacia en vida el Tribunal Supremo se hace fuerte en la idea de que la partición tiene carácter *mortis causa*: «Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*. Sólo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que *viventis non datur hereditas*. No se puede adquirir *mortis causa* de una persona viva. Es preciso, para ello, esperar a su óbito». En nuestra opinión, aunque estas afirmaciones sean correctas, no se puede olvidar que nos movemos en una zona algo ambigua en la que los efectos puramente *mortis causa* se hallan entremezclados con efectos *inter vivos*.

II. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Las afirmaciones de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia que nos han resultado más interesantes son las que reproducimos a continuación³.

¹ Pretende utilizar también la Sentencia del Tribunal Supremo otras razones en apoyo de su fallo. Así dice en el FD 4.º «el pretendido embargo es inviable y ni siquiera está bien constituido ya que en el procedimiento se han vulnerado básicos preceptos de nuestro ordenamiento. Así: Se ha infringido el artículo 43.2 de la LH, según el cual cuando se trate de juicio ejecutivo, *será obligatoria la anotación* del mandamiento de embargo. Obligación imposible de cumplir cuando los inmuebles no están inscritos a nombre del deudor embargado. También se ha incumplido el artículo 1453 de la LECiv, conforme al cual «Del embargo de bienes inmuebles *se tomará* anotación preventiva en el registro de la propiedad...». Y tal asiento provisional ni se ha practicado, ni puede practicarse. Nuestro sistema, pues, tratándose del juicio ejecutivo (valiéndose de preceptos de corte imperativo, como acabamos de ver) altera los postulados voluntaristas de la registración». No obstante, habitualmente se considera que la anotación de embargo, a pesar de lo que dice la ley, no es obligatoria; pero es que, además, utilizar este argumento no añade nada a la justificación de la solución de la Sentencia, porque si el embargo no se había anotado, era porque no se podía, al no ser titulares de los bienes los deudores embargados. Sobre el carácter obligatorio o no del embargo, *vid.*: ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, VI, 8.ª ed., Barcelona 1997, pp. 420 y ss.; OSSORIO SERRANO, *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, Granada, 1986, pp. 42 y ss.; en la Jurisprudencia: Sentencia de 3 de noviembre de 1982 y las citadas por ella.

² Aunque tampoco lo podríamos asegurar, estando como estamos privados del conocimiento de muchos de los hechos a los que sí pudieron acceder los distintos órganos judiciales que intervinieron en el proceso.

³ Citamos la Sentencia, salvo error por nuestra parte, a través de la versión aparecida en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, sin corregir las erratas o defectos de expresión, para no correr el riesgo de alterar el sentido de la decisión del Tribunal Supremo.

«(...) Las fincas siguen inscritas a nombre de doña Adelaida D. S., que no es la deudora, ni la fiadora real de crédito que ha motivado el juicio ejecutivo. Ella es la propietaria de la finca indebidamente embargada. En el año 1984 (concretamente el 28 de enero de aquel año) utilizando la facultad que confiere el art. 1056 del CC, realizó una partición de su patrimonio entre sus hijos por acto “entre vivos”, distribuyendo su caudal entre los descendientes, a cada uno de los cuales asignó un lote o conjunto de bienes. En virtud de tal reparto a don Alfredo G. M., casado con doña Josefa G. D. les correspondió, además de otras cosas, la finca sita en A. Machica (A Marca) de 1500 m. inscrita en el Registro de la Propiedad de Celanova; es la finca núm. 9513 del Registro de la Propiedad de Celanova, que, según certificación registral se halla libre de cargas. Sobre la que gravita el procedimiento ejecutivo que motivó la litis que nos ocupa. Esta partición *inter vivos* tuvo lugar antes de que por el matrimonio formado por la hija y el yerno de la transmitente se solicitara (el 20 de octubre de 1988) un préstamo con garantía personal al “Banco Exterior de España”. Del examen de los autos resulta que fue determinante para la concesión del crédito por parte de la entidad financiera la exhibición por los prestatarios del documento particional, en el que figuraba el cúmulo de bienes adjudicados, a tales acreditados por su ascendiente, que resultaba más que suficiente para la cobertura restitutiva del mutuo» (FD 2.º).

«En el enjuiciamiento de la virtualidad traslativa del acto particional se ha producido una confusión, tanto en algunos de los órganos judiciales como en las partes, incluso en la entidad crediticia, que reputó dueños del inmueble perseguido a los adjudicatarios del acto particional. Es preciso eludir equivocadas hermeneúticas. El hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instruya por un acto *inter vivos* no le confiere cariz contractual, ni le imbuye de una fuerza vinculante frente al *de cuius*. Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*. Sólo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que *viventis non datur hereditas*. No se puede adquirir *mortis causa* de una persona viva. Es preciso, para ello, esperar a su óbito. La consecuencia es clara: en cualquier momento puede el que repartió cambiar de decisión, otorgar nuevo testamento, cambiar el destinatario de sus generosidades (en la parte de herencia de libre disposición) y consecuentemente invalidar la partición que, en situación de pendencia hasta que sobrevenga la defunción del testador, estará siempre amenazada de un cambio de voluntad del titular patrimonial y que sólo se consolidará definitivamente cuando sobrevenga su muerte. Repetidas sentencias de esta Sala corroboran esta tesis. Como más representativas citaremos las siguientes: SS. de 9 de junio de 1903 y 9 de julio de 1940: la facultad de realizar la partición por acto “entre vivos” no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento de otro testamento que deje sin efecto la división realizada; 6 de marzo de 1917: Pese a su forma, este acto entre vivos hay que incluirle entre los negocios *mortis causa* porque está destinado a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio y sobre esta base la división del

patrimonio es fundamentalmente un acto *mortis causa*, que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo al poner en todo caso como límite de eficacia de la partición que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos» (FD 3.º).

«La dificultad, cara al embargo de la finca cuestionada, deriva también de la forma de documentar la partición “entre vivos”. Se realizó por documento privado; lo cual acarrearía (aun en el supuesto hipotético de que el reparto hubiera tenido efectos traslativos inmediatos, lo que nos planteamos sólo con alcance dialéctico) indefectiblemente el rechazo de su posible inscripción. Resultado: que la finca seguirá inscrita a nombre de doña Adelaida D. S., que la partición no es registrable y que, en consecuencia cualquier traba de embargo sobre dicho inmueble no podrá anotarse en su folio registral, por cuanto el procedimiento se ha seguido contra los prestatarios que no son titulares registrales del predio y, consecuentemente, cualquier persecución sobre los prestatarios resultará inofensiva para la finca ajena. Un embargo dirigido contra don Alfredo G. M. y doña Josefa G. D. no puede anotarse sobre una finca perteneciente a doña Adelaida D. S. porque lo impide el principio de tracto sucesivo, además de otros básicos principios hipotecarios...» (FD 4.º).

III. REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

1. LA PARTICIÓN HECHA POR EL PROPIO CAUSANTE Y SU POSIBLE CARÁCTER CONTRACTUAL

A. RAZÓN DE SER DE LA DUDA EN ESTA MATERIA

La Sentencia comentada afirma que la partición por acto *inter vivos* no constituye un contrato; sin embargo, los Tribunales de instancia así lo habían considerado, con apoyo en el hecho de que en su realización intervinieron tanto la futura causante como sus futuros herederos.

Frente a lo que dice la Sentencia de que la partición *inter vivos* del artículo 1056 no tiene, y no puede tener, carácter contractual se alza la expresión legal categórica del artículo 1271.2 Cc que excepciona de la prohibición de los contratos sobre herencia futura a la partición hecha por el causante, y remite al artículo 1056 en el que se regularía un contrato de división del caudal. Dice así el artículo 1271.2:

«1. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

2. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056.»

La interpretación estrictamente literal de los artículos 1271.2 y 1056 permite pensar que existen «contratos sobre herencia futura» que, sin embargo, tendrían por objeto aspectos simplemente partitivos. Por este motivo, tal como señala la Sentencia, una partición de este tipo presupone la existencia de un título sucesorio del que la partición fuera ejecución⁴. Desde luego, está claro que los contratos a los que estos dos artículos se refieren no pueden ser contratos sucesorios en sentido estricto porque no otorgarían un título para acceder a la herencia, pero, supuesto éste, permitirían la división de los bienes de un modo predeterminado precisamente en contrato⁵.

Supone lo anterior distinguir dos conceptos diferentes de pacto sucesorio: por un lado, los contratos que dan lugar a sucesión contractual en sentido estricto porque realizan la atribución y transmisión de los bienes, y, por otro, los contratos sucesorios que no llegan a tener aquella eficacia, pero se refieren a la sucesión futura.

El pacto sucesorio en el primer sentido sería autónomo, independiente de cualquier otra ordenación sucesoria, es decir, un título más de adquisición *mortis causa*, distinto del testamento y de la vocación legal supletoria, pero de su misma consistencia: capaz por sí mismo de producir la transmisión de bienes a causa de muerte. Pero habrá que distinguir otro tipo de pacto que versaría sobre materia sucesoria sin constituir título sucesorio: no tendría poder para establecer los llamamientos sucesorios; ni tampoco produciría la atribución o transmisión de los bienes, sino que necesitaría apoyarse en otro negocio —el testamento o la donación— para conseguir el efecto atributivo. De este tipo sería el posible pacto sobre la partición, autorizado en el artículo 1271.2 en relación con el artículo 1056⁶.

Un importante problema para dar valor a la referencia del artículo 1271,2 al pacto sucesorio de partición es que el artículo 1056, al que se remite, solamente contiene una desvaída referencia a la partición por acto *inter vivos*, y no detalla el régimen jurídico que pudiera tener ese pacto. En este punto sólo dos cosas están claras: primera, atendiendo a los perfiles institucionales en que la figura debe

⁴ Así dice el FD 3.º: «Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*».

⁵ En la doctrina resulta clara la distinción de estos dos tipos de contrato sucesorio en GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador», *RDP*, 1954, pp. 525-526, nota 119: «el concepto de pacto sucesorio, sin añadir más datos, parece que debe entenderse referido a los pactos dispositivos; el pacto meramente particional no ha tenido relevancia como pacto sucesorio en la doctrina ni en la jurisprudencia, ya que no es propiamente un pacto de esa naturaleza, es decir un acto contractual por el que se ordena una sucesión no deferida; sólo puede ser conceptualizado como tal pacto sucesorio si esta expresión se entiende como equivalente de contrato sobre herencia futura, es decir, en un sentido amplio referido a todo acto contractual que tiene por objeto una herencia no deferida. Por esta duplicidad de posibles sentidos de la expresión pacto sucesorio se explica el hecho de que la partición practicada por el testador por acto *inter vivos* encaje en la prohibición del artículo 1271 y haya de ser exceptuada de ella, aun no siendo un verdadero pacto sucesorio, ya que dicho precepto en principio hace referencia al segundo de los sentidos expuestos».

⁶ Otros posibles pactos, en este segundo sentido, serían los que versaran sobre imputación y colación de liberalidades, si es que eventualmente las ordenaciones voluntarias sobre estos aspectos pueden asumir en nuestro ordenamiento forma contractual. Cfr. sobre este tema nuestro estudio *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 188 y ss. En el mismo sentido: GARCÍA RIPOLL, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *ADC*, 1995, pp. 1170 y ss.

moverse, su naturaleza contractual no puede contradecir el régimen del título sucesorio por el que se rija la sucesión; en consecuencia, sólo en los casos excepcionales de llamamientos sucesorios contractuales la partición podría considerarse irrevocable; segunda, aunque se aceptara la contractualidad de la partición se trataría siempre, al menos en principio, de un pacto sucesorio, es decir, con efectos *mortis causa*, que no produciría la transmisión de los bienes hasta la muerte del causante. No obstante vamos a ver que esta última consideración ha sido puesta a veces en discusión.

B. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ARTÍCULO 1056

Las posturas sobre la interpretación de este precepto en la materia que nos interesa, aunque puedan ofrecer matices diferenciales entre ellas, se reducen fundamentalmente a tres.

La opinión más extendida entiende que la partición por acto entre vivos del artículo 1056 no es más que una partición sin las formalidades propias de los testamentos. Para esta tesis la intervención de los herederos en la partición no significaría contractualizarla: sería siempre un negocio jurídico unilateral y no vinculante⁷. Esta es la tesis a la que se adhiere la Sentencia que ahora comentamos; así resulta con toda claridad del FD 3.º: «Es preciso eludir equivocadas hermenéuticas. El hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto *inter vivos* no le confiere cariz contractual, ni le imbuye de una fuerza vinculante frente al *de cuius*».

⁷ Así LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 276: «la partición por el testador hecha fuera de testamento es acto no vinculante y, en definitiva, *mortis causa*. Con la expresión *inter vivos*, en el artículo 1056, el legislador, aun contemplando a la partición por el causante como un complemento del testamento, ha querido dispensar a aquél de las rígidas formas testamentarias, y tal es el sentido de la alusión, al acto *inter vivos*, simplemente referida a sus formalidades externas; alusión, pues, de mero alcance negativo o residual: la partición puede hacerse en testamento o *fuera de testamento*, sin exigencia formal determinada». Anteriormente en *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 488 había indicado que el precepto bien podía explicarse «por la ausencia en el Código de la categoría negocio jurídico, por su propio interés en prohibir los pactos sucesorios, y, precisamente, para aclarar que la partición *inter vivos* del 1056 no es un contrato sobre herencia futura». En parecidos términos: MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VII, 7.ª edición revisada por Bonet Ramón, Madrid, 1987, pp. 713-714: «alude a las formalidades con que puede practicarse la partición (...) significando que para ella no es preciso que intervengan las formas solemnes que todo acto de última voluntad en general requiere»; CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 3, Madrid, 8.ª ed., p. 301; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, II, «Partición de herencia por actos *inter vivos*», Barcelona, 1948, pp. 379 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, Barcelona, 1983, pp. 427 y ss.; ALBALADEJO, «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *ADC*, 1948, pp. 922 y ss.; VALLET, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV, 2.º, Madrid, 1989, pp. 143 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951: «la referencia al "acto entre vivos" ha hecho dudar sobre si tal acto pudiera ser plurilateral y, por lo tanto, contractual e irrevocable. Pero no es así. Al decir "acto entre vivos" el Código quiere referirse a disposición consignada sin guardar ninguna de las formas del testamento, y distinta, en consecuencia, del testamento, que ha de adoptar una de ellas. Aun en el supuesto de que el testador recabe la conformidad de los herederos sobre su disposición participacional, esta aquiescencia tiene sólo un sentido de asentimiento moral al proyecto, pero no le da carácter irrevocable ni contenido contractual».

¿Cómo explicar entonces la referencia del artículo 1271 al contrato sobre la partición? Según Roca Sastre habría dos razones fundamentales que explican esa mención: la primera es que «falto el Código civil de una parte dedicada al negocio jurídico en general, para construir ésta con los materiales del Código hay que emplear los preceptos relativos a los contratos, de modo que muchas veces, como sucede con dicho artículo 1271, el concepto contrato puede tomarse en sentido general de negocio jurídico»⁸. En nuestra opinión, si se acepta esta explicación la mención del artículo 1271 sería inútil pues para eso ya valdría la simple indicación del artículo 1056 que contrapone la partición realizada por acto entre vivos y la realizada por acto de última voluntad; si el artículo 1271 se ocupa del supuesto debe ser porque piensa que está ante un acto bilateral. La segunda razón invocada por Roca Sastre para explicar la mención del artículo 1271.2 es «que dada la rigidez del Código civil español en la prohibición de los pactos sucesorios (mayor que la del mismo Código Napoleón), entendió el codificador que incluso la mera partición en acto *inter vivos*, que autoriza el artículo 1056 del mismo, podría considerarse como un supuesto de negocio jurídico entre vivos que, por versar en materia sucesoria, entraría dentro de la prohibición de los pactos sobre herencia futura, por lo que creyó conveniente un precepto que excluyera tal forma particional de dicha prohibición de los pactos sucesorios»⁹. Para nosotros esta cautela sería extraña en un precepto que tan descuidado se muestra al no hacer referencia a los supuestos de sucesión contractual admitidos en el Código.

Desde otro punto de vista, ciertamente minoritario, la mención del artículo 1056 a los actos entre vivos se ha entendido referida a las donaciones realizadas por el causante en beneficio de sus herederos. Para esta tesis el causante podría realizar la partición bien mediante un acto de última voluntad (testamento), o bien mediante donaciones *inter vivos*¹⁰. Ni que decir tiene que si en el caso de la Sentencia se entendiera que la partición tenía este carácter, la solución debiera haber sido radicalmente opuesta: no se debería haber estimado la tercería de dominio, porque los bienes se habrían transmitido al deudor¹¹.

Una tercera línea doctrinal parte de la crítica a las dos anteriores: los actos que se entienden autorizados por el artículo 1056 en las precedentes explicaciones o no son contratos, o no tienen propiamente carácter sucesorio, por lo que no pueden ser los excepcionalmente permitidos por la Ley en el artículo 1271.2 Cc¹².

⁸ Así ROCA SASTRE, *Partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., pp. 391-392.

⁹ ROCA SASTRE, *loc. ult. cit.*

¹⁰ Así, MARÍN LÁZARO, *La partición de la herencia hecha por actos «inter vivos»*, RGLJ, 1944, p. 224; RODRÍGUEZ-ARIAS, *Efectos de la partición «inter vivos» que regula el artículo 1056 del Código civil*, RGLJ, 1952, pp. 338 y ss.: «La partición *inter vivos* constituye por sí un título adquisitivo, pudiendo el beneficiario renunciar a la herencia y conservar al mismo tiempo lo que le es atribuido a título particular» (p. 340). Parece adherirse a esta tesis ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, Barcelona, 1998, pp. 36-37 y 131.

¹¹ Sobre el problema que pudiera plantear la forma del contrato: cfr. *infra* apartado 4.

¹² Así, en la primera interpretación, se excluye la posibilidad de que existan contratos sucesorios partitivos, contra el tenor literal del artículo 1271. Por este motivo varios autores han indicado la necesidad de revisar esta tesis mayoritaria. Así ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, cit., p. 339 después de explicar la doctrina común, que niega carácter contractual a la partición por acto entre vivos a la que se refiere el artículo 1056, señala: «no obstante, habría que tener en cuenta el artículo 1271.2». Por otro lado DIEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho civil, IV*, Madrid, 1967, p. 397 considera que la doctrina tradicional merece alguna revisión, pues dicha doctrina «tendría un fundamento más o

Para esta tesis, la partición por acto *inter vivos* sería necesariamente un contrato en el que intervienen el causante y sus herederos, sin que ello signifique que sea un contrato sucesorio en sentido propio porque la eficacia de la partición no es dispositiva sino partitiva, pero en ese su ámbito propio produce efectos vinculantes para el causante¹³. Éste podría testar de nuevo en un sentido incompatible con la partición, pero no podrá realizar actos de atribución concreta de sus bienes, legado o donación, que supongan variar el destino que en la partición se le habían señalado¹⁴.

En cualquier caso, nos parece que desde esta tercera tesis la solución de la Sentencia comentada no puede ser tampoco criticada.

C. EL SIGNIFICADO CONTRACTUAL DE LA PARTICIÓN A LA LUZ DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La posibilidad de un contrato sobre la partición parece clara a partir de los textos legales pero las dudas sobre su interpretación no parece que puedan ser resueltas sin hacer una referencia, siquiera somera, a los antecedentes históricos, lo cual, a su vez, nos brindará luz sobre el caso que estamos comentando.

menos firme con el sólo texto del artículo 1056. Pero se olvida la referencia que al 1056 hace el artículo 1271»; DE LOS MOZOS, «La partición de la herencia por el propio testador», *RDN*, 1960, pp. 99 y ss., aunque se adhiere a la tesis mayoritaria, apunta los principales elementos para esta revisión crítica al subrayar los efectos diferenciales de la partición en la que han intervenido los herederos.

La segunda interpretación también excluye que en materia partitiva puedan existir pactos sucesorios y sólo se admiten simples donaciones entre vivos. Resalta a este respecto VALLET, *Comentarios, cit.*, pp. 130-131, que esta hipótesis estaría fuera del artículo 1056, porque «no hay verdadera división de la herencia... ni implica la atribución de la cualidad de herederos a los donatarios». De forma expresa declara que la partición entre vivos no es un contrato sucesorio: RODRÍGUEZ-ARIAS, *Efectos de la partición «inter vivos», cit.*, p. 345.; aunque MARÍN LÁZARO, *La partición de la herencia, cit.*, pp. 229 y ss., opina lo contrario, sin que por ello deje de considerarla una donación, lo cual nos parece contradictorio, a menos que se considere la especial motivación del negocio.

¹³ Nos referimos a la construcción de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador, cit.*, *passim*, que es seguida por MONEDERO GIL, «La partición practicada por el testador», revista *Pretor*, n.º 64, 1971, pp. 515 y ss. Analizando la tesis mayoritaria señala el primer autor que «la tesis más generalizada hace caso omiso de la referencia del artículo 1271 al 1056, o bien la considera un error del legislador».

¹⁴ Así, GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 528 y ss. No parece que esta tercera tesis pueda quedar libre de crítica: si, como se propugna, la partición supusiera limitar el poder dispositivo del causante sobre sus propios bienes, ya no estaríamos ante un contrato de partición, ni siquiera ante un contrato sucesorio, porque la indisponibilidad de la cosa para el causante permite calificar los actos como *inter vivos*, aunque la entrega y la transmisión de los bienes esté diferida al momento de la muerte. Si queremos conservar la singularidad del «contrato sucesorio», éste no puede producir eficacia *inter vivos*. Por otra parte tampoco parece posible que un contrato sucesorio que, en teoría, se mueve en el ámbito de lo particional suponga para el beneficiario la adquisición de un derecho irrevocable sobre una cosa, cuando no es irrevocable el título sucesorio al que esa atribución particional da contenido. No obstante, nos parece un acierto innegable de esta tesis en el plano de los principios haber pretendido construir un ámbito «particional» en el que el contrato se debería mover; en cambio su principal lastre quizá sea considerar el contrato como irrevocable pues, por la propia conformación de la hipótesis, es imposible concebirlo así cuando el contrato es puramente partitivo y no sucesorio en sentido estricto.

A este respecto, los antecedentes inmediatos de nuestro artículo 1271, no resuelven la cuestión¹⁵, por lo que hay que acudir a los antecedentes más antiguos. Éstos muestran que la interrelación entre partición y pacto sucesorio está en dos instituciones del Derecho romano, el *testamentum parentum inter liberos* y la *divisio inter liberos*¹⁶, que tuvieron continuidad en nuestro Derecho histórico. La primera era, fundamentalmente, un acto testamentario con menores requisitos formales¹⁷, es decir un acto unilateral que por eso no nos interesa, mientras que la segunda sí que podría acoger en su seno la figura del pacto sucesorio¹⁸; si bien dicho pacto no vinculaba al causante, es decir, para éste tenía carácter revocable por las razones que antes hemos apuntado: en tanto que el título sucesorio fuera revocable, el acto partitivo no podría ser irrevocable.

La forma contractual más evidente de la partición está recogida en P. 5, 5, 13 configurada como un pacto sucesorio dispositivo, es decir, un pacto sobre la herencia de un tercero, autorizado en el caso de que se haga «la vendita con otorgamiento, e con plazer dellos mismos, e que duren todavia en este plazer fasta que mueran»¹⁹. También es interesante en la evolución de la partición por el tes-

¹⁵ Pues la mención a los pactos sucesorios cuyo objeto fuera la partición de los bienes no existía en la primera edición de nuestro Código, sino que se introdujo en la segunda, sin que nos consten los motivos y las justificaciones de esta modificación.

¹⁶ Así DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., p. 104. Sobre estas dos instituciones romanas: vid. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1961, pp. 71 y ss. y allí referencias.

Nuestra doctrina es unánime en que la donación-partición del Derecho francés no puede considerarse como un antecedente de nuestra figura. Así: ROCA SASTRE, *La partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., pp. 389-390; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 488.

¹⁷ Así BIONDI y DE LOS MOZOS, *loc. ult. cit.* Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945: «El Derecho romano, independientemente de la forma testamentaria especial para que el padre dispusiese de sus bienes en favor de sus hijos («testamentum inter liberos»), admitió la partición de bienes del ascendiente entre sus hijos («divisio inter liberos») como un acto de sucesión hereditaria o última voluntad, pero que podía ser efectuado en forma diversa de la ordinaria y siempre —aun bajo el imperio de la Novela 18 de Justiniano— con caracteres de gran simplicidad».

¹⁸ Así, VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (reimpresión de la ed. de 1941), pp. 122-123. Resalta con toda claridad el carácter contractual en una Constitución de Constantino del año 327 (C. Th. 2, 24, 2) en la que se dice que si los hijos del causante pactaban una concreta forma de dividir su herencia, aun siendo este pacto nulo por referirse a la herencia futura de un tercero, podía llegar a alcanzar validez si el causante lo conocía y disponía de la sucesión de un modo compatible con él, aunque no quedara vinculado en ningún caso por la partición, de la que se podía apartar cuando quisiera. Con posterioridad, Justiniano generalizó la posibilidad de partir la herencia a todos los herederos, sin exigir que el causante fuera progenitor de los mismos, siempre que el causante acomodara su voluntad al pacto y mantuviera en esa voluntad hasta su muerte. Así se deduce de C. 2, 3, 30.

¹⁹ Partida 5, 5, 13: «Esperança han los omes a las vegadas de heredar los vnos, los bienes de los otros. E esta esperança puede ser en dos maneras. La vna es quando alguno ha fuzia de heredar los bienes de algun su pariente, seyendo tan propinco que aya de heredarle si acaesciere que fine sin testamento todo lo suyo. La otra es quando han fuzia que lo establescera alguno por heredero. E por que y ha algunos omes que quieren vender tal esperança como esta sobredicha, o derecho que atienden auer: dezimos que lo non pueden fazer si nombrassen las personas de aquellos que han fuzia de heredar. Fueras ende, si fuere la vendita con otorgamiento, e con plazer dellos mismos, e que duren todavia en este plazer fasta que mueran. Mas si non los nombrassen, poderlo y an vender en esta manera, diziendo assi: que todas las ganancias, o derechos que les han de venir, por razon de heredamiento, onde quier que les vengán, que las venden: e a quien e por quanto. E por esta razon defendemos que non vala la tal vendita en que fuessen nombradas las personas de

tador P. 6, 15, 9²⁰ que se refiere a todo testador, no sólo al padre que divide entre los hijos, y que conservó su vigencia hasta el Código civil²¹. Con fundamento en esta Ley se admitió «la división mediante la entrega en vida a los hijos de los bienes que habrían de corresponderles». Esta división no requería forma especial, sino simplemente la entrega de los bienes y «se consideraba revocable, *salvo disposición expresa en contrario*, pues se estimaba que no equivalía a una donación simple, sino a una disposición última, que era revocable hasta la muerte»²². Adquiere así contornos legales el antiguo uso de tierras de Castilla de «que al

aquellos que ouiesen fiuzia de heredar. Porque los compradores de tal esperanza, o de tal derecho, como de suso es dicho, non ayan razon de se trabajar de muerte de aquellos, cuyos son los bienes, por cobdicia de los auer».

²⁰ Dice así su parte final: «Pero si el padre o el testador partiese el mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si despues que él finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, entonce los otros herederos non serían tenudos de fazer le emienda ninguna».

²¹ En este sentido DE LOS MOZOS en *La partición de herencia por el propio testador*, cit., pp. 118 y ss. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1868; dice su segundo Considerando: «es potestativo a los padres partir la herencia por sí mismos en vida y distribuirla entre los que han de ser *sus herederos a su finamiento*, como declara la ley 9.ª, tit. 15, Partida 6.ª ...».

²² Así, la Sentencia de 6 de marzo de 1945. La afirmación, en lo que se refiere a la posibilidad de que la partición fuera irrevocable sin necesidad de forma especial, es discutible, si bien también la reconoció la Sentencia de 3 de diciembre de 1868. En ella se contemplaba la hipótesis de una partición con intervención de los herederos que se configuró como irrevocable, demostrando que en la práctica existía la partición de tipo contractual, aunque en nuestra opinión más bien había que hablar de la utilización de los actos *inter vivos* con finalidad sucesoria. El Tribunal Supremo indicó que: «es un principio fundamental de derecho que el contrato es ley para los contratantes, siendo por tanto para ellos ineludible su cumplimiento; y que como acto bilateral no se puede invalidar por testamento o codicilo, ni por otro acto unilateral. Considerando que es potestativo a los padres partir la herencia por sí mismos en vida y distribuirla entre los que han de ser *sus herederos a su finamiento*, como declara la ley 91, tit. 15, Partida 6.ª y que de esta facultad hizo uso la madre del demandante y del demandado, según aparece de la escritura de 13 de mayo de 1860, en que se consigna el convenio que con sus dichos hijos había celebrado, cediéndoles todos sus bienes con adjudicación a cada uno de los correspondientes a su respectiva legítima desde aquel día para siempre jamás. Considerando por lo expuesto que el codicilo de 21 de noviembre de 1864 no ha podido anular, ni contrariar lo establecido en el precitado contrato, siendo por consiguiente ineficaz aquella disposición testamentaria, en cuanto al legado de la finca objeto de la demanda». Sobre esta Sentencia, *vid.* DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio causante*, cit., pp. 147 y ss. y 168 y ss.

La calificación como irrevocable de la partición hecha por el progenitor entre los descendientes también se pudo sostener considerándola mejora tácita, e incluyéndola entre las que la Ley 17 de Toro consideraba mejoras irrevocables, es decir aquéllas en las que el causante hubiera entregado la posesión de los bienes o tuvieran causa onerosa. Así, ANTONIO GÓMEZ, *Ad legem thauri commentarium absolutissimumi*, Madrid, MDCCLXXX, in legem XVII, 21, p. 165: «divisio et assignatio non possit revocari: quia considero quod est quaedam tacita melioratio; et melioratio, quam pater vel mater facit filio secundum dispositionem legis Regni nostri, non est mera donatio, sed potius quaedam electio et assignatio facta inter filios, in qua per istam legem 17 Tauri datur certa forma, ut sequuta traditione, vel interveniente causa onerosa non possit revocari: unde eadem ratio et dispositio militat et habet locum in nostro casu, et sic in divisione facta inter filios». Pero esta opinión no fue unánimemente aceptada. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, Valentiae, 1766, pars II, q. XVI, p. 252, estimó que en este caso «este no es contrato inter vivos, ni por tal se ha de juzgar, sino última voluntad, y disposición, que quiso prevenir el padre en dividir su herencia a sus hijos, en lo cual no ha lugar la disposición de la Ley 17 de Toro». SANZ MORQUECHO, *Tractatus de bonorum*

casarse el más joven de los hijos, o el último, o últimos de los que hubieran quedado solteros, el viudo o viuda, no solamente reparten los bienes del difunto, sino también los suyos propios, reservándose lo suficiente para vivir, como pensión o renta, lo que también ocurre en casos de supervivencia de ambos cónyuges», práctica que se observa aún en nuestros días, en particular en los medios rurales²³.

Interesa resaltar que también se conocía en Roma la «división», mediante donaciones *inter vivos*, del patrimonio entre los diversos hijos²⁴, aunque lógicamente aquí no había pacto sucesorio de partición²⁵. Está claro que, frente a las demás formas de dividir, que eran revocables, la donación *inter vivos* brindaba un mecanismo que vinculaba al causante y producía efectos transmisivos actuales. En nuestro Derecho anterior al Código tenemos abundante jurisprudencia que se refiere a la utilización de la donación *inter vivos* para proceder al reparto irrevocable de los bienes. La jurisprudencia admite entonces que no estamos ante una partición sino ante donaciones, a pesar de que la Ley 69 de Toro prohibía la donación de todos los bienes²⁶.

Los antecedentes, pues, nos hablan de la posibilidad efectiva de particiones hechas por el causante y sus herederos con carácter contractual, incluso irrevocables y que, llevadas al campo de las donaciones, podían producir efectos transmisivos actuales.

divisione, Madrid, 1601, libro III, capítulo 3, pp. 274 y ss. se hizo eco de la disputa, y opinó que en caso de división desigual entre vivos debería estimarse que el exceso sobre la cuota de los demás hijos constituía mejora irrevocable, mientras que en lo que la división fuera igualitaria era posible la revocación, salvo que se hubiera prestado juramento de no revocar; también entendió que el pacto partitivo entre el padre y los hijos no valía como pacto sino como última voluntad si el padre lo mantenía hasta su muerte.

²³ Según DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, cit., pp. 127-128.

²⁴ Así C. 3, 28, 35, 2: «... quando pater minus legitima portione filio reliquerit vel aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur ...».

En la Novela 123, c. 38, se ocupó Justiniano del caso en que una persona, teniendo hijos, ingresara en un monasterio y dividiera sus bienes entre los referidos hijos. Lógicamente la división se convertía en irrevocable si las donaciones eran *inter vivos*.

Según ROCA SASTRE, *Partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., p. 389: «un texto de ULPIANO (D. 10, 2, 20, 3), con referencia a PAPIANO, dice que cuando un padre divide los bienes entre sus hijos no hay donación, sino partición (*non videri simplicem donationem sed potius supremi iudicii divisionem*). Claro está que esto presupone siempre que el padre se limita a efectuar una mera distribución de bienes sin desprendimiento, abandono o dimisión inmediata de los mismos en favor de los hijos, ni asunción por éstos de obligaciones del padre, ni especie alguna de vinculación o juego de irrevocabilidad. Es decir, que el causante se produzca en el mismo sentido que un contador partidador, o sea, hacer la simple partición (mera formación de lotes constitutivos de una cristalización concreta de cuotas proyectadas). De no ser así habría una donación hecha *per modum divisionis* sujeta a los requisitos de la donación *inter vivos* ordinaria».

²⁵ *Vid.*, en este sentido VISMARA, *Storia*, cit., pp. 129 y ss.

²⁶ Así la Sentencia de 27 de noviembre de 1846 aceptó la validez de una donación de todos los bienes con la condición de prestar alimentos durante toda la vida, porque «no puede calificarse como donación de todos los bienes la que llevaba anejas dichas obligaciones a favor de la donante». También las Sentencias de 2 de diciembre de 1862, 28 de marzo de 1863, 30 de diciembre de 1867, 16 de noviembre de 1870 resolvieron en el mismo sentido. Por su parte la Sentencia de 7 de febrero de 1874 discutía si una partición de bienes en la que intervinieron los herederos tenía o no carácter *inter vivos* e irrevocable, cosa que se rechazó.

D. NUESTRA OPINIÓN

A la luz de los datos históricos apuntados en el apartado anterior, se puede apreciar que en la partición hecha por el causante están involucradas tres figuras de naturaleza diferente pero funcionalmente emparentadas, cuya admisibilidad y eficacia en nuestro Código debemos analizar pues pueden condicionar la solución que merezca el caso de la Sentencia comentada. Las tres figuras a las que nos referimos son: la partición hecha por el causante con la intervención de los herederos y con carácter generalmente revocable; las donaciones *inter vivos* con función de reparto²⁷; y los pactos llevados a cabo entre los propios herederos, cuyo contenido era establecer anticipadamente las reglas de la partición futura. En esta ocasión no interesa referirse a esta tercera hipótesis, pues no podía ser la del caso comentado en el que consta que intervino la causante, pero sí a las dos primeras²⁸.

La primera de esas figuras probablemente subsiste en la actualidad gracias a los artículos 1271.2 y 1056 Cc. La única duda es si es posible que la concurrencia de los herederos a la partición la dote de valor irrevocable. Contra esto último se alega que la intervención de los herederos no sería necesaria para que quedaran vinculados por la partición, que aun realizada unilateralmente les obliga «a pasar por ella». Por eso se puede haber afirmado que el papel de los herederos tiene simplemente el sentido de «prestar consentimiento moral»²⁹, puesto que no conlleva una mayor eficacia de la partición. Pero al menos se pretendería que un posible desacuerdo entre los herederos pueda resolverse en vida del causante y que no aflore una vez abierta la sucesión.

En nuestra opinión el dato relevante para la construcción de una hipótesis de partición contractual no puede ser su irrevocabilidad para el causante, pues es absurdo pensar en una partición irrevocable si el llamamiento hereditario al que da contenido, según nuestro ordenamiento, debe ser revocable. Por eso, la partición sólo puede ser irrevocable cuando diera contenido a un llamamiento sucesorio irrevocable, es decir en el caso de la mejora irrevocable o de la «donación» a la que se refiere el artículo 1341 Cc.³⁰ Pero, admitido eso, hay que subrayar que

²⁷ Por eso la afirmación de LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general, cit.*, p. 490 de que los antecedentes históricos aportan, precisamente, una *divisio* no testamentaria, pero tampoco contractual ha de entenderse en el sentido de que esa división irrevocable y contractual no es una partición, pero sí es posible, porque no sería un contrato sobre herencia futura. De modo que, bajo este punto de vista, la mención del artículo 1271 no sería ociosa.

²⁸ Valga simplemente recordar que el contrato sobre la herencia de un tercero al que el causante consiente estaba permitido en la tradición del Derecho romano (Cfr. Partida 5.ª, 5, 13, y su antecedente en C. 2, 3, 30), y vendría a dar la razón a alguna mención de la jurisprudencia en el sentido de ser posible la partición elaborada por los herederos durante la vida del causante. Así las Sentencias de 13 de junio de 1903 y la de 9 de julio de 1940. La primera de ellas dijo: «una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal...». En el mismo sentido la Sentencia de 9 de julio de 1940: «la partición practicada por acto *inter vivos*,... bien se haya llevado a efecto por los interesados, bien con intervención del dueño del caudal». Estas afirmaciones «obiter» no fundaron el sentido del fallo. En cambio en la Sentencia de 22 de julio de 1997 parecía existir un pacto de este tipo que fue considerado válido.

²⁹ Así la Sentencia de 6 de marzo de 1945.

³⁰ En estos casos, la partición debería integrarse en el acto dispositivo para devenir irrevocable, pues si no, siempre podría modificarse la partición sin lesionar el contrato

la intervención de los herederos no puede menos que comportar efectos especiales en cuanto a la eficacia futura de la partición³¹. Pero, en cualquier caso, aunque se admita cierto carácter contractual, la partición, en este sentido estricto, nunca produciría efectos transmisivos actuales, con lo cual la solución de la Sentencia habría de ser la misma: admitir la tercera de dominio por cuanto la transmisión de los bienes no se habría realizado.

La segunda hipótesis a la que antes hacíamos referencia era la donación *per modum partitionis*. Estimamos que no existe ningún obstáculo para su actual admisibilidad —como admite, con toda claridad, tanto la doctrina³², como la jurisprudencia³³— sobre todo cuando en el Código ha desaparecido la prohibición de

sucesorio. Esa enseñanza se extrae claramente de la opinión de ANTONIO GÓMEZ citada *supra* nota 22: el valor irrevocable de la partición sólo puede fundarse asimilándola a alguno de los pactos sucesorios excepcionalmente admitidos. Nótese, no obstante, que la hipótesis a la que se refirió este autor, la mejora con entrega de bienes, no constituye hoy pacto sucesorio.

³¹ Esos efectos pueden darse en dos casos: primero, es conocida la polémica sobre el valor de la partición hecha por el causante que se aparta del contenido de los llamamientos; la solución a este problema se clarifica si los propios herederos intervienen en la partición, pues entonces ésta alcanza con total seguridad eficacia plena; segundo, también es conocida la discrepancia entre los que piensan que la partición puede darse también cuando la herencia se defiere abintestato, y los que lo niegan, hoy prepondera esta segunda solución que podría mitigarse cuando en la confección de la partición intervienen los herederos.

³² Así CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 3.º, cit., pp. 306-307: «estos efectos *inter vivos* se pueden alcanzar de dos maneras distintas: realizando simultáneamente actos jurídicos que, siendo independientes del *testamento-partición*, produzcan efectos concomitantes y ordenados a un mismo fin, aunque nada tengan que ver con la facultad del artículo 1056 (por ejemplo, disposiciones ordenadas por donaciones *inter vivos*). Los efectos que produzcan, nunca podrán considerarse ni como secundarios de la partición. Y en segundo lugar, entregas de bienes con carácter precario, o mediante la configuración de un contrato de arrendamiento, o aun mediante el establecimiento de usufructos o rentas vitalicias y que se desenvuelven en el ámbito de unas costumbres o usos *praeter legem*, que se justifican por el deseo del testador de desentenderse de sus negocios y gozar de un merecido descanso y que, generalmente, en tanto en cuanto no configuren situaciones autónomas inatacables, deben ser siempre considerados como efectos eventuales, secundarios y subordinados a la voluntad revocable del testador»; en el mismo sentido: DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., pp. 175 y 206 y ss. LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 489; id., *Derecho de sucesiones*, I, cit., pp. 275-276, siguiendo a VALLET, cuya opinión puede verse, recientemente expuesta en *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, pp. 870-871: para quien una tal distribución «cae fuera del ámbito del artículo 1056. Pero ello no implica que no sea válido distribuir totalmente el caudal presunto de una persona (reservándose el mínimo preceptuado en el artículo 634 Cc. que, conforme al mismo, puede consistir en un usufructo), mediante donaciones *inter vivos* declaradas no colacionables ... lo que sucede es que, en estos supuestos, no hay verdadera división de la herencia, sino sólo distribución entre vivos del caudal del donante realizada a través de actos *inter vivos*».

³³ Así la Sentencia de 13 de junio de 1903 se refirió a «las disposiciones libres que en vida toman los padres donando a sus hijos el todo o parte de sus bienes». También la Sentencia de 6 de marzo de 1945 habló de «la distribución y adjudicación de bienes que, por vía indirecta, vaya envuelta o embebida en actos *inter vivos* de esencia dispositiva y régimen jurídico propio y especial (donaciones, dotes, mejoras, etc)».

Algo de esto, es decir, distribución *inter vivos* de los bienes existía en la hipótesis de hecho contemplada por la Sentencia de 24 de diciembre de 1993, en la que los donantes se fueron desprendiendo de su patrimonio en vida en favor de sus hijos, lo que para el Tribunal Supremo significa que los padres «actuaron de consuno y con evidente intención de distribuir *inter vivos*, entre sus dos únicos hijos ... la mayor parte de su patrimonio».

donar todos los bienes presentes. Para nosotros no se puede descartar que una de las justificaciones de la norma del artículo 1271.2 sea precisamente cubrir la hipótesis en las que el causante quisiera dar eficacia actual e irrevocable al acto de distribución de los bienes, aunque no estemos, en estos casos, ante una verdadera y propia partición. Nótese que, entonces, la solución que merecería un caso como el contemplado por la Sentencia comentada sería admitir que la transmisión se ha producido ya y, por tanto, los bienes donados pueden ser objeto de agresión por los acreedores del donatario.

En el caso comentado teóricamente nos parece posible que la partición siguiera tanto el primer modelo como el segundo. Pensamos, pues, que la cuestión suscitada no se puede resolver con afirmaciones apriorísticas, sin atender a las circunstancias de hecho, sino que son estas circunstancias las que permiten interpretar la voluntad de las partes en un determinado sentido.

2. LA PARTICIÓN POR EL CAUSANTE Y EL REPARTO *INTER VIVOS* EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

A. SISTEMATIZACIÓN DE LOS POSIBLES SUPUESTOS

Llegados a este punto puede resultar útil hacer una breve referencia a los litigios que sobre esta materia ha tenido ocasión de conocer la jurisprudencia.

El dato principal que debemos destacar es que en los casos que se presentan en la práctica es difícil apreciar la naturaleza del acto, porque a veces el propio causante que califica el acto como «partición», luego precisa que quiere que sea irrevocable y con efectos desde luego³⁴. En la práctica jurisprudencial el problema de diferenciar entre la partición hecha por el testador, con o sin intervención de los herederos, revocable, y los actos transmisivos eficaces *inter vivos*, irrevocables, se ha planteado con cierta frecuencia³⁵.

En nuestra opinión, ante cualquier caso que se plantee hay que analizar si el reparto con efectos transmisivos en vida tiene una causa lícita, bien sea gratuita u onerosa, y si cumple los requisitos negociales que le correspondan según su natu-

³⁴ Cfr. en este sentido ROCA SASTRE, *Partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., p. 389.

³⁵ La distinta solución del caso comentado en las distintas instancias, parece subrayar la dificultad de interpretar la verdadera voluntad de las partes, o al menos la equivocidad con que externamente podía valorarse su conducta. Incluso el Tribunal Supremo, que sostiene que no existían efectos actuales de la partición, no deja de reconocer que la conducta de la causante y sus herederos estaba lejos de ser un modelo de buena fe; quizá porque se apreciaba un cierto deseo de dotar a la partición de efectos actuales, o por otras razones que no quedan suficientemente aclaradas en los FD. Afirma la Sentencia, por ejemplo, que no hubo «buena fe en los tratos entre la madre y los hijos (que luego se desdican de ellos para perjudicar al acreedor)...» (FD 7.º); y añade más adelante: «Pese a las suspicacias que tiene que provocar la conducta abusiva de doña Adelaida, fingiendo litigar con su hija y su yerno para perjudicar al acreedor, lo cierto es que en exigente técnica procesal hay que reconocer que debe prosperar la tercería de dominio» (FD 8.º). Todo ello bien pudo dar lugar a que «en el enjuiciamiento de la virtualidad traslativa del acto particional se produjera una confusión, tanto en algunos de los órganos judiciales como en las partes, incluso en la entidad crediticia, que reputó dueños del inmueble perseguido a los adjudicatarios del acto particional» (FD 3.º).

raleza; si no se demuestra la voluntad transmisiva con efectos actuales se está ante una partición en sentido propio que sólo producirá sus efectos a partir de la muerte del causante. En esta última hipótesis pueden aparecer eventuales efectos *inter vivos*, que serían actos subordinados y dependientes de la partición, por tanto revocables, pero perfectamente lícitos. Veremos a continuación distintos ejemplos que nos brinda la práctica jurisprudencial.

a) *Reparto inter vivos con causa onerosa*

Este tipo de reparto con causa onerosa, en concreto con causa *transactionis*, se podía ver en la Sentencia de 13 de junio de 1903³⁶ aunque no resultara finalmente admitido por el Tribunal Supremo. El demandante había sostenido la validez e irrevocabilidad de un pacto transaccional en el que unos progenitores, para poner fin a los procedimientos judiciales entablados entre los miembros de la familia, distribuían sus bienes entre sus hijos; y denunciaba la infracción del artículo 1124 Cc pues el causante incumplió el contrato al otorgar testamento disponiendo de los bienes que habían sido ya objeto de reparto, y al no haber formalizado la transmisión de los bienes del modo acordado. El Tribunal Supremo consideró radicalmente nulo e ineficaz el convenio de transacción por contravenir la prohibición de los contratos sucesorios³⁷, y faltarle elementos esenciales de la partición por el testador, como la existencia de un testamento al que diera ejecución, la ineficacia en vida y la revocabilidad³⁸.

³⁶ En los meses previos al fallecimiento del causante, esposo y padre de los litigantes, se habían producido diferentes contiendas judiciales en la familia, a las que se había pretendido poner fin con la transacción de fecha de 17 de marzo de 1899. En dicho convenio, formalizado en documento privado, se establecía: en primer lugar, que los padres y los hijos se comprometían a desistir de los procedimientos judiciales en curso; en segundo lugar, que el causante y su mujer tras hacer inventario detallado de sus bienes, se obligaban a repartirlos por partes iguales entre sus dos hijos salvo una mejora de 25.000 pesetas en favor del hijo varón, después demandado; esta partición se debía formalizar notarialmente en un determinado plazo. Se estableció asimismo que a partir de la elevación de la partición a escritura pública los dos hijos adquirirían la nuda propiedad de los bienes que se le adjudicaran, quedando para sus padres el usufructo vitalicio.

³⁷ La razón decisiva para dejar sin efecto la partición fue la de que se contravenía la prohibición de los pactos sucesorios: «el documento privado de 17 de abril de 1899 no contiene una verdadera partición, sino un compromiso por el que se pretendía impedir a don Pedro Menoyo y a su esposa la libre disposición de sus bienes por testamento, lo que constituye un verdadero pacto sobre herencia futura, ilícito por su naturaleza». Las demás razones se dan a mayor abundamiento: «porque aunque fuera verdadera partición (...) no se hallaba basada ni en testamento alguno anterior congruente con la misma, ni en la igualdad absoluta con que los hijos son llamados a suceder a sus padres cuando mueren abintestato; tercero, porque nada de esto pudo obstar a que don Pedro M. testase como testó luego en condiciones distintas de las convenidas; cuarto, porque de un contrato nulo por su naturaleza no puede derivarse la validez de ninguna de sus estipulaciones...».

³⁸ En concreto se dijo: «una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición, por ser esta facultad inherente a la testamentación activa y porque semejante coartación implica un verdadero pacto sobre la herencia futura que imposibilitaría atender a necesidades imperiosas y legítimas de familia que surjan con posterioridad, debiendo, por lo tanto, limitarse los efectos del contrato al momento en que por defunción del testador o dueño del caudal hereditario deba referirse la partición convenida a un estado de derecho que no está en oposición con ella».

No obstante la Sentencia reconocía la posibilidad de «las disposiciones libres que en vida toman los padres donando a sus hijos el todo o parte de sus bienes». Desde este punto de vista pensamos que debía haber tenido en cuenta que el convenio transaccional discutido era un contrato *inter vivos*, pues producía obligaciones para cada una de las partes: el desistimiento de una serie de procedimientos judiciales, por un lado, y por otro, el compromiso por parte de los padres de *transmitir* a sus hijos la nuda propiedad de sus bienes. Poco importaba, a nuestro juicio, que a esa transmisión se la llamara *partición* por los contratantes, porque en realidad no lo era en sentido propio ya que estaba llamada a surtir efectos desde el momento en que se formalizara en escritura pública, y no a partir de la muerte.

b) *Reparto inter vivos con causa gratuita*

El reparto irrevocable podría tener también causa gratuita y entonces debería calificarse como donación. Aunque en varios casos el Tribunal Supremo así lo ha admitido, en la Sentencia de 29 de octubre de 1960 estimó que el acto de distribución de los bienes mediante donaciones *inter vivos* constituía un pacto sucesorio prohibido, pues perseguía hacer irrevocable la previa partición del testador³⁹.

³⁹ El caso era el siguiente: ambos cónyuges otorgaron testamento con idéntico contenido y en la misma fecha, en los que distribuían la totalidad de los bienes gananciales y anunciaban que era su voluntad ejecutar sus disposiciones testamentarias mediante la constitución de un contrato de sociedad con sus hijos varones. Ese mismo día, uno de marzo de 1942, los referidos cónyuges, manifestando hacer uso de las facultades que el artículo 1056 Cc les confiere, constituyeron con estos hijos una sociedad de responsabilidad limitada mediante escritura pública, a la cual aportaron una serie de bienes propios. A su vez dijeron ceder a sus tres hijos las participaciones en esa sociedad en unas determinadas proporciones (un cuarto en plena propiedad más un tercio del otro cuarto en nuda propiedad para cada uno). En dicha escritura se manifestó también que serían baja del capital social los créditos que se reconocían en favor de otros hijos y nietas como complementos de la referida partición. Más tarde, el 20 de febrero de 1943 otorgaron una nueva escritura de partición que se denomina complementaria por cuanto manifestaron en ella que la partición ya había sido ejecutada en parte mediante el contrato de sociedad. El procedimiento judicial se suscitó por algunos hijos y nietos de los causantes que se consideraron perjudicados por estas operaciones y que pedían su nulidad por considerarlas contratos sucesorios prohibidos; la Sentencia de apelación estimó la demanda por el hecho de haber concurrido a las operaciones ambos cónyuges, comprometiendo así la libre disponibilidad de cada uno de ellos. Fundamento que el Tribunal Supremo rechazó como argumento válido para declarar ineficaz el contrato, conclusión a la que llegó por otros argumentos: «proscritos con carácter general los pactos sucesorios por el artículo 1271 del Código civil, ha de atenderse la excepción que el propio precepto establece relativa a la partición de bienes, en el sentido de autorizar al testador para practicar entre vivos la división de un caudal, por la que conforme al artículo 1056, ha de pasarse en tanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, pero sin que tal autorización pueda suponerse concedida —como la jurisprudencia tiene declarado— sino cuando la partición se halla respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por de ella derivar y traer causa, ha de supeditarse, ya que al no ser la partición sino la ejecución o puesta en práctica de lo en testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste, de tal suerte que no obstante que el testador al dividir pueda desprenderse de los bienes cuya titularidad pasa a sus herederos, cuando esta tradición se verifica en función de partir, cuya finalidad se proyecta a la muerte, en cuyo momento se producirán sus definitivos efectos, ha de ser —como el testamento en que se funda— esencialmente revocable, siendo ello por lo que, toda partición en la que se produzca una sujeción infranqueable (sic) de los bienes constitutivos de la herencia, incompatible con la revocabilidad

Según nuestra opinión las opciones interpretativas entre las que había que elegir para resolver el caso eran dos: o la donación hecha por los padres en favor de los hijos operaba la distribución de bienes presentes, y producía plenos efectos actuales e irrevocables; o bien dicho acto, en cuanto vinculado a una partición hecha en testamento, no se podía considerar donación y era revocable⁴⁰. Lo que no se entiende bien es que la Sentencia elija una tercera opción: declarar nula la partición, y los actos de ejecución de la misma, dejando sin efecto la voluntad del causante⁴¹. La Sentencia justifica esta solución estimando que la realización de los contratos *inter vivos* «implica –al hacer imposible alterar en lo esencial la partición realizada– una patente coartación de la libertad de testar, por ser irrevocable lo pactado referente a los derechos hereditarios de quienes en el proceso contienden, y es determinante de la nulidad de las escrituras en que se plasmó y desarrolló la partición afectada de tal vicio».

En sentido contrario a esta Sentencia, y de acuerdo con lo que proponemos se debe citar la Sentencia de 28 de junio de 1961 cuyos hechos fueron muy parecidos a los de la anterior⁴². En el caso, uno de los hijos combatía los documentos de «partición» por estimar que envolvían un pacto sucesorio prohibido, pero la Sentencia consideró que «se infiere claramente que el objeto de él era hacer don Juan Antonio M. por su nombre y exclusiva voluntad, la partición hereditaria de bienes, sin que resulte que pretendiera dar a la misma carácter irrevocable ni contenido contractual». Es evidente que esto es así en lo que respecta al documento privado de partición, pero las transmisiones *inter vivos*, aplicando el criterio de la Sentencia de 29 de octubre de 1960, podrían haber sido consideradas como contrato sucesorio prohibido, porque, estando relacionadas tan íntimamente con la partición, producían su irrevocabilidad. En cambio, la Sentencia separó la voluntad particional, de un lado, y la voluntad transmisiva con efectos actuales, de otro, sin que esta última arguyera contra la validez de la partición.

de los actos particionales, o en la que se celebran contratos, o se crean situaciones independientes de la revocabilidad circunstancial de las disposiciones testamentarias, vinculando a los testadores –que no podrán por ello modificarlas–; han de reputarse nulas, como prohibidas por el artículo 1271 del Código civil, sin que tales actos puedan tener eficacia jurídica porque se acomodan a disposiciones testamentarias preexistentes, por cuanto si éstas tienden a hacer posible la irrevocabilidad, se tendrán por no puestas, conforme preceptúa el artículo 737 del mismo cuerpo legal, y por ello, incapaces para legitimar el acto que tal consecuencia produjere».

⁴⁰ Cfr. *infra* apartado c).

⁴¹ En este sentido crítico con la solución de la Sentencia: LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 725, nota 7.

⁴² Los hechos eran los siguientes. El día 26 de noviembre de 1942 el causante «formaliza la donación ... en favor de su hija ... y de sus nietos haciéndose entrega de las cantidades que a su juicio les pueden corresponder en su herencia, cantidades que los donatarios aceptan y reciben.» En otra escritura «solemniza la donación ... a sus cuatro hijos ... por cuartas partes proindiviso, de tres fincas, que aceptan y prometen una pensión vitalicia mensual de 1.500 pesetas»; además el causante, en un documento privado que denominó de partición, «con presencia de todos sus hijos y nietos suscribe un documento privado, y con referencia cumplida a las precedentes escrituras, dispone en favor de los mismos, del resto de sus bienes, que distribuye ratificando el contenido de aquellas donaciones, y con tal transmisión el indicado don Juan Antonio deja distribuidos entre sus hijos y nietos todo el capital que en la actualidad posee y lo lleva a efecto con entera libertad y con arreglo a sus deseos, finalmente el causante otorga testamento cinco días después en el que hace referencia expresa a las distribuciones operadas, sin rectificarlas».

La Sentencia de 9 de julio de 1940 también trataba de un acto de dudosa configuración jurídica⁴³, que se calificó como donación, nula por defectos de forma, y no como partición por el testador; de todos modos, a efectos simplemente argumentativos, la Sentencia se planteó la posibilidad de que el acto constituyera una partición *inter vivos*, aunque sería ineficaz pues había sido revocada⁴⁴.

c) *Actos inter vivos de reparto dependientes de la partición y subordinados a ella*

Finalmente pueden caracterizarse otros actos *inter vivos*, que están vinculados a la partición, y que no se dirigen a realizar la transmisión definitiva e irrevocable de los bienes a los que se refieren. Estos actos consisten simplemente en «entregas de bienes con carácter precario, o mediante la configuración de un contrato de arrendamiento, o aun mediante el establecimiento de usufructos o

⁴³ El problema se suscitó en Navarra. En el supuesto se había pactado en capitulaciones matrimoniales que «Los futuros esposos han de poder nombrar y elegir por heredero o heredera de sus bienes a uno de los hijos que en su matrimonio procreen, señalando a los demás sus dotes y legítimas con igualdad o desigualdad; y por fallecimiento de cualquiera de ellos sin hacer dicho nombramiento de heredero y señalamiento de legítima, recaerá esa facultad en el sobreviviente, y, por muerte de ambos, en dos parientes los más próximos, uno de cada línea y tercero en discordia». Posteriormente los cónyuges suscribieron un documento en el que adjudicaron bienes a los hijos, pero el Tribunal Supremo entendió «que no existe base para estimar que el documento de 6 de febrero de 1927 tenga su causa en los capítulos matrimoniales de los esposos, pues (...) es de tener en cuenta, de una parte, que la escritura de capitulaciones se refiere en primer término a la institución de heredero, institución que se omite en el documento de 1927; de otra, que en este último documento se adjudican o reservan bienes a don G. A. (otorgante de las capitulaciones), particular no previsto ni mencionado en la escritura de capitulaciones, y, por último, que al designar las porciones de bienes atribuidas a doña L. A. y a sus hermanos no se emplea ni una sola vez en el documento de 1927 el vocablo "dote"». A pesar de que en la interpretación del documento el Tribunal Supremo discrepó de la Sentencia de apelación, los datos de hecho que ofreció no son demasiado precisos para poder valorar con justeza su interpretación, por lo que tampoco en este punto podemos concluir nada con seguridad, y debemos aceptar que el referido documento no comportaba nombramiento de herederos en ejecución de lo previsto en las capitulaciones.

Dijo el Tribunal Supremo: «Las razones expuestas conducen a la consecuencia de no poder ser estimado el convenio de 6 de febrero de 1927 como ejecución de lo estipulado en los capítulos matrimoniales ni hallarse en éstos la causa de aquél, de donde, al no existir la supuesta causa, el acto de liberalidad de que se trata constituye una donación pura y simple en la que se manifiesto que faltan los requisitos de forma necesarios para su validez...». En la Sentencia se reproducen después los preceptos forales en materia de forma que se estimaban incumplidos.

⁴⁴ En este sentido afirmó: «como tiene declarado este Tribunal en Sentencia de 13 de junio de 1903, la partición practicada por acto *inter vivos*, al amparo del artículo 1056 del Código civil, ajustada a la norma de un testamento o a la de la ley, y bien se haya llevado a efecto por los interesados, bien con intervención del dueño del caudal, en ningún caso puede coartar la libre voluntad de éste para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición, por lo cual, aun en el supuesto de poder ser calificado el convenio de 6 de febrero de 1927 como acto de división de la herencia realizado por el padre entre sus hijos (...) dicho acto tendría siempre el esencial carácter de revocable; y habiendo otorgado don G. A. en fecha posterior, cual es la de 27 de mayo de 1934, un testamento cuya validez no ha sido impugnada y en el que modifica la distribución de sus bienes contenida en aquel convenio, resultaría indudable la revocación de la partición anterior...».

rentas vitalicias y que se desenvuelven en el ámbito de unas costumbres o usos *praeter legem*, que se justifican por el deseo del testador de desentenderse de sus negocios y gozar de un merecido descanso y que, generalmente, en tanto en cuanto no configuren situaciones autónomas inatacables, deben ser siempre considerados como efectos eventuales, secundarios y subordinados a la voluntad revocable del testador»⁴⁵. La Sentencia de 6 de marzo de 1945⁴⁶, recogió perfectamente el significado de estos actos. En el caso, el causante había suscrito con sus hijos un documento privado el 27 de julio de 1931, en el que distribuía entre ellos los lotes de su patrimonio, compuesto fundamentalmente de varias fincas rústicas y urbanas, y establecía determinados efectos *inter vivos*. El Tribunal Supremo estaba de acuerdo con la Sentencia recurrida en que de la letra misma y del espíritu del acto partitivo «se infiere claramente que el objeto de él era hacer don José A., por su libre y exclusiva voluntad, la partición hereditaria de sus bienes, sin que de sus cláusulas resulte que pretendiera dar a la misma carácter irrevocable ni contenido contractual, ya que no cabe inferir semejante matiz [...] de la obligación que, según el documento, contraía aquél de respetar durante su vida los arrendamientos que de sus fincas hubiera concedido a sus hijos, compromiso éste que respondía al mismo designio de no atribuir efectos a la partición en vida del causante, y que aunque se le considere extraño al acto particional, no lo desnaturalizaba ni puede convertirlo –siendo como es completamente ajeno a la sucesión– en un pacto sucesorio»⁴⁷.

Probablemente, aunque no conste con seguridad, en el caso comentado, se habían producido efectos de este tipo: así se puede entender que la Audiencia, que sostuvo que la partición había transmitido la propiedad, se apoye reiteradamente en el artículo 609, aceptando, hemos de pensar, que se había producido lo que ella consideraba *traditio* causalizada apta para transmitir la propiedad⁴⁸. Sin

⁴⁵ CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 3.º, cit., pp. 306-307; en el mismo sentido: DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., pp. 175 y 206 y ss.

⁴⁶ Sin duda es la Sentencia más importante de todas las que se han ocupado de la partición por el testador, y la que más ha contribuido a la construcción teórica o doctrinal de la figura que estamos estudiando, por eso llama la atención que no sea citada en la Sentencia que estamos comentando.

⁴⁷ También merece cita la Sentencia de 6 de mayo de 1953. En este caso, los hijos del causante, habían suscrito con él un documento que es interpretado de forma diferente: para unos constituía un verdadero contrato irrevocable, mientras que para otros era una partición realizada por el testador revocable por éste (la revocación testamentaria de dicho documento se había producido efectivamente). Dijo la Sentencia: «El testamento de 1943 solamente contiene la institución testamentaria en términos generales y corrientes, sin referencia alguna a que la herencia de que se disponía en él estuviera integrada por bienes que o no fueron incluidos en el reparto que se dice hecho, o habían advenido al patrimonio del testador con posterioridad a aquel acto particional; el documento de 1.º de julio de 1939 en el que se afirma por los actores que fue corroborada por escrito la partición verbal hecha años antes, demuestra precisamente lo contrario que el recurso pretende porque en aquél aparece el padre entregando unas fincas a sus hijos, señalando un canon por la tenencia y explotación de ellas, pero estableciendo la sanción rigurosa de la privación de las fincas cedidas (expulsados sin derecho a indemnización alguna, dice) si se dejara de pagar el canon establecido, lo cual en modo alguno puede ser considerado como un convenio particional de bienes hereditarios hecho en vida del causante, que para ser válido, eficaz e irrevocable, como los recurrentes pretenden, debería estar respaldado por un testamento anterior o posterior conforme a cuyas cláusulas se hubiera efectuado».

⁴⁸ FD 1.º: «La tercerista, doña Adelaida D. S., adquirió la finca controvertida hace muchas décadas... Aportó al incidente de tercería una certificación registral acreditativa de

embargo, si aceptamos la solución del Tribunal Supremo esta *traditio* no sería más que la entrega en precario como anticipo de la partición futura.

B. LA PROHIBICIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS COMO PRETENDIDO OBSTÁCULO PARA LA ADMISIBILIDAD DE LAS ANTERIORES FIGURAS

a) *Los límites externos de la prohibición de los pactos sucesorios*

En algunas de las Sentencias analizadas anteriormente se sostiene que los actos de reparto, especialmente cuando tienen carácter irrevocable, pueden caracterizarse como contratos sucesorios, lo que constituiría un grave obstáculo para su admisibilidad⁴⁹. Estas Sentencias parecen seguir ideas doctrinales repetidamente formuladas como que «la figura del pacto sucesorio (...) se oculta a menudo, como un proteo, tras otra expresión jurídica»⁵⁰; o como las que se refieren a «los medios indirectos de eficacia bastante para burlar» la prohibición⁵¹.

«Ocultar», «burlar», «simular», «utilizar formas jurídicas aparentes», son expresiones usadas para referirse a la utilización de la donación con una función preparatoria o sustitutoria de la sucesión *mortis causa*, lo cual sería, para los que opinan así, un modo de eludir la tajante prohibición legal de la sucesión contractual. Quienes conceptúan el pacto sucesorio de este modo, es decir, a tenor de la finalidad práctica perseguida por las partes, concluyen necesariamente que incluso las donaciones directas *inter vivos* podrían calificarse como contrato sucesorio si es que los contratantes lo que pretendían era la atribución de un bien por causa de muerte⁵². En nuestra opinión la función económica de algunos actos *inter*

la inscripción a su favor... La Audiencia rechaza este medio de publicidad inmobiliaria con consideraciones reiterativas sobre el aspecto no constitutivo de la inscripción de los derechos reales en el sistema español, afirmando que la propiedad se adquiere por los medios que contempla el art. 609 del Código Civil».

⁴⁹ Cfr. en especial las Sentencias de 13 de junio de 1903 y de 29 de octubre de 1960. En otras, no obstante, no se llega a esa conclusión: así en las de 9 de julio de 1940, 6 de marzo de 1945 y 29 de octubre de 1960.

⁵⁰ SAMPER POLO, «La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar,» *AHDE*, 1968, p. 163.

⁵¹ CASTILLEJO Y DUARTE, *La forma contractual en el Derecho de sucesiones*, Madrid, 1902, p. 145. Más recientemente se entiende que usar el negocio *inter vivos* con finalidad sucesoria supone utilizar una «forma jurídica aparente»: así, MONASTERIO, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994, pp. 43, 124, 183. Para RAMS ALBESA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, 1.º, B, Madrid, 1993, p. 466, la prohibición motiva la aparición de gran cantidad de contratos simulados.

⁵² Así SAMPER, *La disposición*, cit., p. 167: «Para nosotros, cualquier acto perfectamente bilateral –y por tanto irrevocable– que tenga por fin de alguna manera regular el destino del patrimonio de una persona viva después de la muerte de ésta, sea a título universal, sea a título singular, constituye un pacto sucesorio. Hemos dicho “que tenga por fin” regular el destino del patrimonio de alguien, con lo que queremos subrayar la importancia del resultado propuesto mucho más que de la estructura del medio empleado». Consecuente con su criterio, en la p. 171 extiende la condición de contrato sucesorio a las donaciones *inter vivos* en cuanto constituyan anticipos testamentarios. Hay que reconocer que el autor refiere estas afirmaciones al derecho romano vulgar donde las instituciones se desdibujan técnicamente. A este parecer se adhieren MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 84-85, y MONASTERIO, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, cit., p. 127: «coincidimos plenamente», dice.

vivos puede aproximarlos a figuras típicamente sucesorias; así, por ejemplo, la donación con reserva del usufructo vitalicio para el donante o la donación universal de los bienes presentes. Pero calificar dichas figuras como actos *mortis causa* es peligroso si se pretendiera utilizar contra ellas la norma prohibitiva de los contratos sucesorios. En cambio, la terminología anterior obligaría a partir, indiscutiblemente, de dos presupuestos: el primero, que la prohibición de la sucesión contractual se extiende a figuras que pueden buscar cobijo bajo la figura de la donación; es decir, que pactos sucesorios y donaciones tienen alguna zona de intersección; el segundo, que las donaciones incluidas en esa zona de intersección son ilícitas, por desbordar la causa típica del negocio, si es que las partes pretenden conseguir una finalidad sucesoria.

Frente a estos presupuestos, estimamos que cabe proponer otros, igualmente válidos desde el punto de vista lógico, y seguramente mejor fundados jurídicamente: así, es posible sostener que para la averiguación del contenido y los límites de la prohibición contractual hay que contar previamente con el ámbito permitido en nuestro Derecho a las donaciones; de forma que lo previsto o autorizado como donación nunca podría considerarse contrato sucesorio prohibido, aunque pudiera calificarse, desde el punto de vista dogmático, como pacto sucesorio. Del mismo modo, también parece plausible sostener que la finalidad de las partes, aunque sea preparar la sucesión, o hacer innecesaria la aplicación de las normas sucesorias, no tiene virtualidad suficiente para teñir de ilicitud los concretos contratos, siempre que éstos sean lícitos en sí mismos y no desborden su finalidad legal típica: lo que esté permitido como liberalidad no podrá considerarse pacto prohibido sobre herencia futura. Estaríamos ante actos no expresamente tipificados en el ordenamiento como *mortis causa*, y que por ello no son estructuralmente tales, pero que permitirían, sin que quedaran desvirtuados, una finalidad de ese tipo⁵³. En nuestra opinión, la finalidad de las partes no es bastante para alterar las previsiones normativas del legislador, ya que la funcionalidad típica de la donación no está en contradicción con esas finalidades, por lo que no puede hablarse de fraude a la Ley que prohíbe el pacto sucesorio.

b) *El verdadero contenido de la prohibición de la sucesión contractual*

Sería necesario abordar, aunque fuera brevemente, el posible contenido de la prohibición de la sucesión contractual. En esta línea nuestra jurisprudencia ha llegado a afirmar que la prohibición del contrato sobre herencia futura no se refiere al pacto sobre bienes concretos y determinados sino sólo al que tenga por objeto la universalidad o una cuota de la herencia, lo que tendría también a su favor la literalidad de la prohibición de nuestro artículo 1271.2 que sólo habla de la «herencia».

La ventaja de esta dirección es su claridad práctica, pues se tratará de verificar en el caso concreto qué características tiene el objeto del contrato. De este modo no cabría la menor duda de resolver los problemas que originaran los compromisos contraídos a cambio de la recepción de bienes de la herencia en función

⁵³ En Italia, a partir de una obra de PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successione anomale*, Nápoles, 1983, se ha generalizado hablar de los negocios *trans mortem* y *post mortem* como aquellos que producen eficacia en vida del disponente, atribuyen un derecho que sólo es definitivo tras la muerte del mismo y cuyo efecto transmisivo final es siempre revocable *voluntate donantis*.

de la concreción sobre cosas individualizadas o sobre una cuota; en este último caso el contrato sería nulo⁵⁴, y no así en el primero.

En este sentido, la Sentencia de 8 de octubre de 1915 estimó que no contraviene la prohibición el obligarse a dejar por testamento a determinada persona un conjunto de bienes determinados, propiedad, ya, de quien se obliga⁵⁵. El Tribunal Supremo estimó que «si bien el artículo 1271 del Código civil dispone que sobre la herencia futura no se podrá celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1056, esta prohibición no es aplicable al presente caso porque la obligación que contrajo don Manuel Calvo en el contrato privado de 11 de febrero de 1908, de otorgar testamento e instituir heredera a su sobrina Peregrina Barcia, de los bienes que adquirió en virtud del mismo, procedentes de su finada consorte, que le quedasen sobrantes después de pagar las deudas y del ganancial que se expresa, así como de “reconocer, además, con alguna cosa a los otros sobrinos e hijos de Antonia Barcia”, se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó, y no a la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del citado Código civil, se determina a la muerte del causante constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido».

La Sentencia de 16 de mayo de 1940 contempló un caso en el que habíase constituido una renta vitalicia en la que, además de las estipulaciones sobre la renta, se pactó que el adquirente debía realizar al fallecimiento del constituyente «determinada distribución de una cantidad igual al importe del capital que recibe». Para el Tribunal Supremo «la prohibición establecida en el mencionado artículo del Código se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del repetido Código, se determina a la muerte del causante, constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó en el dominio del cedente; y aplicando dicha doctrina al caso actual, claro resulta que no está comprendido en la prohibición aludida, pues se dispuso de bienes conocidos y determinados propios con bastante anterioridad al contrato, que pasaron desde la fecha del convenio al dominio de su hermano, es decir, muchos años antes del fallecimiento del cedente, y lo concertado en la cláusula discutida no fue la distribución entre sus hermanos, de no tener hijos, de los bienes cuyo dominio había perdido desde la fecha del contrato, sino la obligación que se aceptó de repartir una cantidad igual al importe de dichos bienes de su propio peculio»⁵⁶.

⁵⁴ Lo cual es independiente de las consecuencias jurídicas que puedan proceder si la contraparte ha realizado sus prestaciones.

⁵⁵ El caso era el siguiente: abierta la sucesión de una persona, concurrían a la sucesión por llamamiento intestado el cónyuge y una hermana de la difunta. Ambos pactaron que la hermana sería pagada en sus derechos con dos fincas de la herencia, libres de cargas, y que el viudo se quedaría con el resto de los bienes. A su vez, se pactó que el viudo pagaría las deudas hereditarias y los gastos originados por el fallecimiento, a cuyo efecto quedaba autorizado a vender los bienes hereditarios que fueran necesarios, aunque el otro heredero tendría sobre ellos un derecho de adquisición preferente. El viudo se comprometió a testar en favor de una hija de la otra heredera en cuanto a los bienes de la herencia que restasen a su fallecimiento.

⁵⁶ Sigue la misma doctrina la RDGRN de 21 de enero de 1991. La Sentencia de 3 de marzo de 1964 se ocupó del problema de si era posible la enajenación de bienes determinados por el fiduciario consentida por el fideicomisario, y se apoyó en la idea de que el pacto sobre bienes determinados no incurre en la prohibición de los contratos sobre heren-

Recientemente, la Sentencia de 22 de julio de 1997 retoma esta orientación⁵⁷.

Parte de la doctrina considera inaceptable esta postura del Tribunal Supremo «ya que un contrato no deja de ser sucesorio cuando versa sobre bienes determinados»⁵⁸, si bien otros entienden que es razonable⁵⁹. En nuestra opinión, se debe convenir en que un contrato puede ser sucesorio aunque verse sobre bienes determinados, pero en realidad el problema es la extensión o interpretación del artículo 1271.2 que no se refiere a contrato sucesorio en general, sino al contrato sobre herencia futura. La solución práctica que brinda la jurisprudencia quizá tiene poca posibilidad de ser discutida, porque habría que demostrar que el acto de disposición no tiene encaje en ninguna figura contractual permitida, por exceder de la causa típica del contrato e incidir en una tipicidad *mortis causa*⁶⁰. Ello sería difícil si el contrato vinculara una serie de bienes a una transmisión futura, porque, aunque el efecto real aún no se produzca, es evidente que la obligación ha nacido en vida de las partes⁶¹ y sólo podríamos acudir a la causa para calificarlo como sucesorio atendiendo, además, a un concepto muy subjetivo de causa: la finalidad práctica perseguida por las partes⁶². Aunque desde el punto de vista dogmático sea posible calificar un determinado negocio como pacto sucesorio a título particular, desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico su inadmisibilidad no puede derivarse de la prohibición de la sucesión contractual.

cia futura, aunque finalmente la propia Sentencia excluyó tácitamente la aplicabilidad de esta doctrina al considerar que no hay tal herencia futura, puesto que el fideicomisario recibe los bienes del testador y no del fiduciario.

⁵⁷ En el caso, se discutía sobre la titularidad de una Administración de loterías. En lo que ahora nos interesa, existió un pacto en el que se estableció por los futuros herederos que la Administración «aun cuando figure oficialmente a nombre de uno u otro de los comparecientes o de sus herederos, sea de propiedad por iguales mitades indivisas de ambos, percibiendo también por mitad los beneficios que dicha Administración produzca». El Tribunal Supremo reiteró la doctrina anterior, en un caso en que más bien cabía hablar de pacto sobre la herencia de un tercero.

⁵⁸ Así, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 724.

⁵⁹ Así HERNÁNDEZ GIL, *Dictámenes*, II, Madrid, 1968, pp. 461 y ss.; y RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a la RDGRN de 21 de enero de 1991*, CCJC, n.º 26, p. 394.

⁶⁰ Lo cual suscita el problema de la aptitud del contrato *inter vivos* para albergar negocios con función *mortis causa*. Al respecto puede verse la muy expresiva Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1991.

⁶¹ Estamos ante un aspecto clave: la institución de heredero, o el legado universal o de cuota no pueden en nuestro sistema contractualizarse porque contrarían el principio contractual de que la determinación del objeto no puede depender de la voluntad de uno sólo de los contratantes.

⁶² En cambio la Sentencia de 6 de marzo de 1945 dijo: «en una técnica rigurosa, para discriminar los actos *inter vivos* y los actos *mortis causa* (entre estos últimos estarían los contratos sucesorios) hay que atender a su finalidad y al tiempo en que el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán negocios *mortis causa* los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de sus sujetos». Evidentemente este criterio entendido de forma simplista, es decir si se pretende fundar en él el contenido y límites de la prohibición de los contratos sucesorios, no deja de ser peligroso, puesto que existen contratos *inter vivos* que sólo comienzan a producir su efecto típico y definitivo más allá de la muerte: así, en el propio régimen del Código, la donación con reserva por el donante del usufructo vitalicio, o las donaciones con entrega *post mortem*. Por ese motivo, si se quiere aceptar la doctrina de la Sentencia, hay que procurar que no nos conduzca a resultados incompatibles con el ordenamiento.

c) *Las donaciones mortis causa en nuestro ordenamiento*

La interpretación anterior no tendría ningún obstáculo de no existir la prohibición de las donaciones *mortis causa*. Históricamente la prohibición de la sucesión contractual siempre ha coexistido con la permisón de las donaciones *mortis causa*. Sin embargo estas últimas han sido excluidas de nuestro ordenamiento por una norma específica que hay que examinar sucintamente para completar la visión de esta materia: nos referimos al artículo 620 Cc.

Para la *communis opinio* si bien «por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*, pero éstas han sucumbido en nuestro Código civil, porque sólo podrían vivir como donaciones y en el campo de las donaciones no hay, en rigor, cabida para ellas. Cierta que las cita el artículo 620, y que habla de ellas como donaciones, mas es ésta una cita postrera, una esquila mortuoria. Su naturaleza *mortis causa* está pidiendo imperiosamente para ellas, no sólo el régimen, sino incluso la forma de las disposiciones testamentarias»⁶³.

Pero, ¿qué donaciones son esas que han desaparecido?; o mejor, ¿cuáles, de entre las donaciones *mortis causa* han desaparecido? En este punto las cosas, sería preciso hacer una alusión al precedente representado por el Proyecto de 1851 que en su artículo 942 permitía las donaciones «para después de la muerte del donador» si se referían a una cosa específica, pero si eran de cosa fungible o de una cuota del patrimonio del donante, debían hacerse ateniéndose a la forma del testamento⁶⁴. La justificación de esta última indicación fue que el que dona de ese modo «dispone de bienes futuros contra el tenor del artículo 953, esta donación vendría a ser una especie de pacto sucesorio, reprobado en el artículo 994 (...) y el donante conserva la facultad de disponer y hacer ilusoria la donación y dar y retener no vale»⁶⁵.

⁶³ Así FUENMAYOR, «Sobre una revisión de las donaciones “mortis causa” en el Código civil», en *Estudios de Derecho civil, I*, Pamplona, 1992, p. 608; ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII, 2.º, Madrid, 1986, p. 53. JORDANO, «El testamento», *RDN*, 1962, pp. 68-69, nota. Últimamente, ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., p. 61: «la equiparación de la donación *mortis causa* a las disposiciones testamentarias tiene como principal efecto que no puede ser concebida como una institución autónoma». En cambio, para otros, dicho artículo no significa más que la consagración legislativa de la *mortis causa donatio* formalizada como donación ordinaria pero regulada en otros aspectos por las normas propias de la sucesión testamentaria. Así VALLET, *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, recogida hoy en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 13 y ss.

⁶⁴ Disponía literalmente así: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alcuota de los bienes del donador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

⁶⁵ Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, artículo 942. Según BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., p. 111: la *ratio* del sistema del Proyecto era la siguiente: «tal reserva es válida si se trata de *cosa específica no fungible* pues, en este caso, su facilidad de identificación impide que en el interin entre disposición y eficacia se pueda distraer el bien de su destino predeterminado y atribuye al donatario un derecho definitivo sobre la cosa, sólo que sometido a un término inicial de eficacia.

En cambio, si se dan bienes fungibles para después de la muerte, el donante no puede asegurar un derecho definitivo sobre los bienes existentes en el momento de la donación.

Es decir, esta norma, que cerraba el paso a la tipificación de la donación *mortis causa*, no impedía la donación con efectos diferidos a la muerte siempre que se la mantuviera dentro del régimen jurídico de las donaciones *inter vivos*⁶⁶. Precisamente en la jurisprudencia actual se sigue parecida tesis, pues aunque está asentada la doctrina contraria a las donaciones *mortis causa*, se considera válida la donación, formalizada como *inter vivos*, en la que se determine irrevocablemente la cosa o la suma de dinero que deberá entregarse en el momento de la muerte del donante, lo cual es compatible perfectamente con la jurisprudencia sobre los pactos sucesorios anteriormente examinada, y nos lleva a concluir que, por esta parte, no existen obstáculos a la interpretación antes propuesta sobre el significado de los artículos 1271.2 y 1056.

3. EL MANTENIMIENTO DE LAS FACULTADES DE DISPONER DEL CAUSANTE

La Sentencia comentada considera que la partición no puede impedir al causante revocar como quiera su voluntad. Por cierto que en este punto se desliza alguna afirmación que si se interpreta literalmente sería incorrecta: «en cualquier momento puede el que repartió cambiar de decisión, otorgar nuevo testamento, cambiar el destinatario de sus generosidades (en la parte de herencia de libre disposición)» (FD 3.º). Está claro, que la revocabilidad afectaría también a lo atribuido como legítima, porque la inviolabilidad de ésta no hace irrevocable al modo concreto en que se haya atribuido.

Sabemos ya que, al decir de la opinión común, nuestro Código no permite el contrato sobre la partición futura, sino una simple partición unilateral del causante sin las formalidades del testamento, aunque deba quedar convalidada por este, por lo que la intervención de los presuntos herederos en dicho acto no tendría valor de consentimiento contractual⁶⁷. El fundamento de esta tesis es que la partición no puede vincular al causante, que, por consiguiente, podría enajenar los bienes que quisiera⁶⁸.

En efecto, la posibilidad de disponer que se desprende de la configuración del título impide el efecto dispositivo por todo lo susceptible de disposición dada su potencial amplitud y permite que se haga ilusoria la donación. De manera similar, el último caso —cuando se da todo o una parte de los bienes que se deje al morir—, además de darse bienes futuros que chocan con la naturaleza de acto dispositivo de la donación (art. 953), conllevan también la facultad implícita de disponer, por cuanto no consta la determinabilidad necesaria de los bienes donados. En estos casos, la donación se convierte en *mortis causa* porque la incertidumbre sobre la subsistencia de los bienes se acaba con la muerte del donante». Estamos plenamente de acuerdo con este análisis.

⁶⁶ Como confirmación de lo dicho basta ahora destacar que existían en el Proyecto y existen hoy en el Código ciertas donaciones cuya función también puede situarse cerca de la *mortis causa*: así la donación con reserva de usufructo, la donación con cláusula de reversión y la donación con reserva del poder de disponer. Cfr. artículos 953, 957 y 959 del Proyecto.

⁶⁷ Así, por ejemplo, la Sentencia de 6 de marzo de 1945.

⁶⁸ Para MANRESA, *Comentarios*, VII, *cit.*, p. 727: la enajenación por el causante de bienes determinados incluidos en la partición, si no hay perjuicio de la legítima ni voluntad contraria, supone la revocación parcial de la partición en cuanto al bien enajenado y su subsistencia en el resto; en el caso de permuta y de expropiación entiende aplicable a la partición la subrogación real. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, p. 537, afirma que en todos los casos se deberá seguir el criterio de la subrogación real. Se muestra de acuerdo con esta última solución MONEDERO GIL, *op. cit.*, pp. 66-67.

Algún autor, intentando salvar la naturaleza contractual de esta partición, tal como dice el artículo 1271.2, estima que la misma vincula de alguna manera los bienes a los que se refiere. A este respecto, el que realiza la partición no podría enajenar a título gratuito los bienes incluidos en ella⁶⁹; sin embargo no es fácil dotar de base legal a este efecto, pues, en el uso de su autonomía, el disponente puede limitar sus facultades dispositivas, a título gratuito o también a título oneroso, pero ello no sería coherente con un acto de naturaleza particional⁷⁰, porque la partición debe seguir el mismo régimen que el llamamiento a la sucesión, por lo que su revocabilidad unilateral por parte del causante debe garantizarse siempre que el llamamiento también sea revocable.

En contra de la partición revocable se ha dicho⁷¹ que sería una figura de escasa funcionalidad práctica, puesto que no garantizaría que las adjudicaciones se fueran a verificar del modo previsto en la partición. Pero esta crítica supondría olvidar que si se quiere atribuir bienes irrevocablemente hay otras vías para hacerlo, tal como hemos visto.

4. FORMALIDADES NECESARIAS PARA LA PARTICIÓN

En cuanto a la forma necesaria para la partición hecha por el causante, según se deduce de lo que llevamos dicho habría que distinguir si el acto es una simple partición unilateral, en cuyo caso no serán necesarios los requisitos formales de la donación, por no producirse efectos *inter vivos*, ni tampoco los requisitos propios de los testamentos, pero la partición debe ser ejecución de un testamento anterior o posterior; para este tipo de partición hay autores que, incluso, autorizan la forma verbal⁷². La jurisprudencia ha tenido ocasión de afirmar la validez de la partición en documento privado, en la Sentencia de 28 de junio de 1961: «no obsta a la validez de la partición el haberse hecho en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre»; así como la inexigibilidad de forma solemne: así la Sentencia de 6 de marzo de 1945: «la forma solemne que el recurrente cree indispensable en la partición por acto *inter vivos* ni aparece reconocida por la tradición del Derecho romano y del Derecho patrio—según

⁶⁹ Cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 530-531.

⁷⁰ A este respecto consideramos acertadas las consideraciones de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, p. 528: «entendemos que la partición practicada por el testador por acto *inter vivos* es un contrato y, como tal, irrevocable. Ahora bien, al ser un acto meramente particional, y, por consiguiente, accesorio respecto del negocio dispositivo que le sirve de base, aquellas notas de contractualidad e irrevocabilidad se ciñen al aspecto partitivo, y nunca afectan al acto dispositivo básico. Si éste se revoca y queda vigente una regulación de la sucesión esencialmente diferente de aquella en que se asentó la partición, ésta deviene ineficaz, y, por tanto, de manera indirecta resulta revocada».

⁷¹ Así GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.* pp. 528-529.

⁷² GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto «inter vivos»*, *cit.*, p. 534, estima aplicables los preceptos de forma de los contratos, y LACRUZ, *Derecho de sucesiones, I, cit.*, p. 275 entiende suficiente no sólo el documento público o privado sino incluso la partición verbal. En cambio, ROCA SASTRE, *Partición de herencia por acto «inter vivos»*, *cit.*, p. 381, y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 219, entienden que se exige la forma documental. En favor de esta última opinión pensamos que estarían los antecedentes históricos del Código, ya que entre nosotros desde la Ley 3 de Toro quedaron suprimidos los privilegios de forma de las disposiciones de última voluntad realizadas en favor de los hijos, como la partición verbal recogida en P. 6, 1, 7.

se vio anteriormente— ni es, dentro del Código civil, una exigencia impuesta por los criterios de interpretación lógica y sistemática, ya que la ausencia en dicho cuerpo legal de formas específicas para la partición por acto entre vivos es perfectamente explicable, por cuanto, si la partición *inter vivos* es una propia partición regida por el artículo 1056, habrá de tener su apoyo, según prescribe la jurisprudencia de esta Sala antes aludida, en un testamento del que sea complemento, de tal modo que habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)».

En cambio, según dice esta última Sentencia si se trata «de la distribución y adjudicación de bienes que, por vía indirecta, vaya envuelta o embebida en actos *inter vivos* de esencia dispositiva y régimen jurídico propio y especial (donaciones, dotes, mejoras, etc.), la exigencia de forma será consecuencia obligada de la aplicación de las normas por las que hayan de regirse las respectivas liberalidades».

En el caso que estamos comentando carecemos de algunos datos de hecho muy relevantes para la correcta atribución de efectos a la partición. En primer lugar, ignoramos si la voluntad de las partes era la de dar lugar a efectos *inter vivos*; en segundo lugar, supuesto que la respuesta fuera positiva sería necesario analizar si esos efectos se quisieron de forma irrevocable; en tercer lugar, si así fuera, también sería preciso conocer cuál fue la causa concreta de la atribución y si tenía carácter oneroso o gratuito. Acertaría el Tribunal Supremo en su juicio, al negar a la partición efectos transmisivos actuales, si esos pretendidos efectos hubieran tenido causa gratuita, porque la partición no podía valer como donación ya que se refería a bienes inmuebles y estaba formalizada en documento privado; sin embargo, si el negocio hubiera tenido causa onerosa, no se hubiera requerido forma especial para la validez del mismo y la posibilidad de alcanzar efectos transmisivos actuales.

