

La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial

LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO
Catedrática de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN

En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio de la partición de la herencia a través del análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos años sobre esta materia. Para una mejor comprensión del Derecho de sucesiones se debe tener en cuenta las finalidades que cumplen sus instituciones, y su enmarque en unas circunstancias de tiempo y de lugar. El estudio de la jurisprudencia resulta especialmente útil en este ámbito, puesto que las instituciones del Derecho de sucesiones, más que en cualquier otra rama del Derecho, son un producto de la continuada labor de adecuación efectuada por los juristas a través de la historia (Vallet de Goytisolo). Son varias las cuestiones objeto de estudio, una de ellas es sobre el tratamiento jurisprudencial del principio favor partitionis. Se analizan también supuestos de nulidad de la partición. Se discute, asimismo, si en la partición pueden quedar comprendidos reintegros y compensaciones recíprocas entre los herederos. Otros temas tratados son la denominada colación voluntaria o impropia, la rescisión por lesión, la aplicación de la doctrina de los propios actos en la partición o la posibilidad de la usucapión ordinaria de los bienes hereditarios.

PALABRAS CLAVE

Partición de la herencia. Jurisprudencia. Favor partitionis. Rescisión por lesión. Colación.

The testamentary partition. A case law analysis

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the testamentary partition through case law, taking into consideration the Judgments of the Supreme Court of the last years on this matter. For a better understanding of the Law of succession, the purposes of its institutions must be taken into account and the circumstances of time and place. The study of case law is particularly useful in this area, since the institutions of the Law of succession, rather than in any other branch of law, are a product of the continued work of adaptation carried out by jurists over time (Vallet de Goytisolo). The topics discussed are several, one of is the treatment in case law of the principle favor partitionis, also cases of nullity of the partition. It is discussed, moreover if in the partition can be included reimbursements and reciprocal compensation between heirs. Other matters covered are the so-called voluntary or improper collation, rescission on grounds of injury, the application of the doctrine of the own acts in the partition or the possibility of the ordinary prescription of the inherited assets.

KEYWORDS

Testamentary partition. Case-law. Favor partitionis. Rescission on grounds of injury. Collation.

SUMARIO: *Introducción.* 1. Eficacia de la partición y *favor partitionis*. 1.1 Error en la partición. Omisión de bienes o valores conforme al art. 1079 CC. STS (Sala 1.^a) 3 de noviembre de 2014. 1.2 Omisión del bienes o valores en la partición. STS (Sala 1.^a) 20 de enero de 2012. 1.3 Caducidad del cargo de albacea. Consentimiento de los herederos. STS (Sala 1.^a) 13 de marzo de 2012. 2. Validez del negocio particional y fijación del derecho de usufructo vitalicio. STS (Sala 1.^a) 30 de octubre de 2013. 3. Efectos de la partición. Atribución al coheredero de la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado. Procedencia de la acción de desahucio por precario. STS (Sala 1.^a) 28 de mayo de 2015. 4. Causante hipotecante no deudor y partición de la herencia. Pago por la comunidad hereditaria de deuda propia de un heredero. STS (Sala 1.^a) 26 de febrero de 2016. 5. Nulidad del cuaderno particional. Imposibilidad jurídica del objeto. STS (Sala 1.^a) 12 de febrero de 2016. 6. Nulidad del cuaderno particional. Naturaleza personalísima del cargo de contador partidor. STS (Sala 1.^a) 6 de mayo 2013. 7. Nulidad de la partición. Partición convencional. Hijo incapacitado no representado por el tutor. Necesaria intervención judicial. STS (Sala 1.^a) 18 de octubre de 2012. 8. Pago que trae causa del complemento o rectificación de la partición de la herencia de sus padres. STS (Sala 1.^a) 18 de diciembre de 2012. 9. Rescisión por lesión. STS (Sala 1.^a) 14 de mayo de 2014. 10. La colación en la partición de la herencia. Obligación de constituir antes de las adjudicaciones objeto del

cuaderno particional, un fondo por importe de los bienes colacionables. STS (Sala 1.ª) 13 de marzo de 2014. 11. Reducción incorrecta de legados en la partición. Nulidad de la reducción y no de la partición. STS (Sala 1.ª) 4 de mayo de 2016. 12. La doctrina de los actos propios en la partición. Partición practicada siguiendo los dictados de las cláusulas testamentarias. STS (Sala 1.ª) 25 de abril de 2018. 13. Usucapión de los bienes hereditarios y compensación del heredero preterido en la partición. STS (Sala 1.ª) 21 de febrero de 2019. 14. Partición de la herencia por contador partidor, alcance de la facultad de rectificar errores o complementar. Colación de donación remuneratoria. STS (Sala 1.ª) 20 de julio de 2018.—*Bibliografía*.

INTRODUCCIÓN

La partición pone fin a la situación de comunidad, mediante la misma se atribuye a cada uno de los coherederos la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado.

Sobre la naturaleza jurídica de la partición, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia¹ defienden su naturaleza traslativa, siguiendo a la doctrina francesa. Según esta tesis, al fallecimiento del causante los herederos no tienen derecho a una cuota parte de cada uno de los bienes indivisos, puesto que sobre esos bienes considerados individualmente solo tienen un derecho indeterminado. La partición fijará y delimitará este derecho que existe desde el principio y que tiene su origen en la propia transmisión hereditaria².

Son varias las cuestiones que sobre la partición se abordan en este trabajo dedicado al estudio de esta institución jurídica mediante el análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos ocho años sobre esta materia. Dadas las características de la obra, las cuestiones abordadas en este trabajo no son todas las que plantea la partición hereditaria, se trata de aquellas que han suscitado mayor litigiosidad y han sido sometidas a la decisión del Alto Tribunal.

Entre las cuestiones analizadas, conviene destacar en primer lugar, el tratamiento jurisprudencial del principio *favor partitionis*. Este principio que inspira las normas que regulan la partición en el Código civil, aboga por considerar válida toda partición mientras

¹ SSTs 21 de julio de 1986, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 3 de febrero de 1999, 28 de mayo de 2004 y 12 de febrero de 2007. Conforme a la doctrina jurisprudencial que se contiene en estas sentencias, el principal efecto de la partición es la atribución al coheredero o legatario de parte alcuota, la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado.

² PLANIOL, RIPERT, 1928, p. 738. En la doctrina española *vid.* ROCA SASTRE, 1998, p. 668. La partición provoca «la transformación de las particiones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto, en titularidades, concretas sobre bienes determinados».

no se demuestre una causa de nulidad. En consecuencia, la partición debe mantenerse siempre que sea posible, sin perjuicio de las adiciones o rectificaciones precisas. Por ello, el único supuesto de ineficacia de la partición específicamente regulado en el Código civil es el de rescisión por lesión en más de la cuarta parte en el artículo 1074 CC³. El artículo 1077 CC tiene también su fundamento en el principio *favor partitionis*. Conforme a este precepto el demandado por rescisión «podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición». Este precepto no impide que la rectificación de la lesión pueda realizarse sin acudir a los tribunales. Esto es precisamente lo que sucede en el caso de la STS de 18 de diciembre de 2012 analizada en este capítulo.

En el caso de que hayan dejado de incluirse en la partición algunos bienes o valores, se debe proceder al complemento de la misma con los bienes o valores omitidos, conforme al artículo 1079 CC. Así, en la STS de 3 noviembre de 2014 se conceptúa como un supuesto de complemento o adición de la partición del artículo 1079 CC cuando las operaciones de valoración de los bienes se han llevado a cabo incorrectamente. En este caso en concreto, se discute sobre la naturaleza de un fondo de inversión como ganancial o privativo.

Por otro lado, en el caso de la STS de 20 de enero de 2012 se omiten en la partición inicial algunos bienes del causante. Se valoran, además, los efectos que debe producir una cláusula de renuncia de derechos efectuada por los coherederos una vez practicada la partición.

Sobre la aplicación del principio *favor partitionis* versa también la STS de 13 de marzo de 2012. En este caso la partición practicada por el albacea tiene lugar cuando se había producido la caducidad de su cargo. No obstante, habiendo consentimiento de los coherederos, sería válida como partición convencional sobre la base del mencionado principio.

En la STS de 12 de febrero de 2016 se desestima la nulidad de la partición por imposibilidad del objeto. Uno de los argumentos para ello es precisamente el principio *favor partitionis*. Por el contrario, se sanciona con la nulidad la partición en la STS de 6 de mayo de 2013, puesto que la misma había sido realizada sin el concurso del contador-partidor nombrado expresamente por el testador para realizar las operaciones particionales. Al mismo resultado se llega en la anterior STS de 18 de octubre de 2012, debido a la no participación en la misma del tutor o, habiendo conflicto de intereses, del defensor judicial cuando un menor o incapacitado es legitimario.

³ Sobre esta cuestión se pronuncia la analizada en este capítulo STS de 14 de mayo de 2014.

En otro apartado del capítulo se analiza la validez del negocio particional y la fijación del derecho de usufructo vitalicio en la STS de 30 octubre de 2013. En esta sentencia se refiere el Tribunal Supremo a la validez estructural del acuerdo verbal por el que se concretaba y se incluían en el usufructo vitalicio determinados bienes objeto de litigio.

Por otro lado, sobre el ejercicio de la acción de desahucio por precario por uno de los coherederos frente a los demás se pronuncia la STS de 28 mayo de 2015. Esta sentencia se pone en conexión con la anterior STS de 20 de enero de 2014 en la que se fija como doctrina en interés casacional (por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias) que la esposa del causante, instituida legataria del usufructo universal de la herencia tiene legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante.

En la STS de 26 de febrero de 2016 se debate sobre un supuesto de pago por la comunidad hereditaria de una deuda propia de un heredero, especialmente sobre si se puede considerar como un pago hecho por un tercero. Se discute, asimismo, si en la partición pueden quedar comprendidos reintegros y compensaciones recíprocas entre los herederos, respondiéndose afirmativamente a esta cuestión.

Por otro lado, en la STS de 13 de marzo de 2014 el testador establece en el testamento determinadas normas sobre cómo debe realizarse la colación, lo cual es perfectamente lícito, conforme se desprende de la sentencia analizada.

Por su parte, en la STS de 4 de mayo de 2016 se plantea la cuestión acerca de cómo se debe articular la intangibilidad cuantitativa de la legítima, como un supuesto de ineficacia de la partición o mediante el ejercicio de la acción de complemento de la legítima. El Tribunal Supremo resuelve la cuestión en el segundo sentido.

A continuación, la STS de 25 de abril de 2018 versa sobre la interesante cuestión de la aplicación de la doctrina de los actos propios en la partición. En este caso, la eficacia de la partición realizada por el contador partidor designado por uno solo de los cónyuges pasa por la intervención de los herederos del cónyuge premuerto, puesto que aquél no confirió facultad alguna al albacea que finalmente procedió a realizar la partición. Circunstancia que no se dio, puesto que solamente uno de los coherederos prestó su consentimiento. No obstante, en opinión del tribunal, la pretensión de la demandante no debe prosperar debido a su conducta contraria a los propios actos.

Sobre un problema de preterición de un heredero forzoso en la partición de la herencia se pronuncia la STS 21 febrero 2019, así como sobre el alcance de la misma. Esta Sentencia resulta de inte-

rés puesto que se resuelve sobre si el título *pro herede* es un justo título para la usucapión ordinaria de los bienes hereditarios, a lo que se responde afirmativamente.

Por último, es objeto de estudio la STS 20 julio 2018, donde las cuestiones que son objeto de debate son en primer lugar, si cabe la posibilidad de que el contador partidor pueda hacer una nueva partición en el supuesto, como sucede en el caso, de que se declare la validez de la donación de unas participaciones sociales, cuando la partición se realizó como si la donación no hubiese tenido lugar. La segunda cuestión tiene que ver con la colación de la donación, siendo discutido si son colacionables las donaciones remuneratorias y si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que expresamente manifestó en la donación.

1. EFICACIA DE LA PARTICIÓN Y *FAVOR PARTITIONIS*

El *favor partitionis* es un principio general del Derecho que tiene un fundamento de tipo práctico. Mediante su aplicación se trata de evitar una nueva partición que ocasionaría inconvenientes a los herederos y a los terceros que con ellos hubiesen contratado de buena fe.

Este principio guarda relación con otros, como el de seguridad jurídica y con el de «lo válido no debe viciarse por lo inválido». Específicamente en el ámbito del Derecho de sucesiones, el principio analizado está próximo al principio de la primacía de la voluntad del testador, de la intangibilidad de las legítimas, de la proporcionalidad de las adjudicaciones a las cuotas hereditarias, así como de la posible igualdad cualitativa entre lotes⁴. Este principio es objeto, en la terminología de Vallet de Goytisolo, de varias concreciones, como vamos a analizar en estas Sentencias del TS.

1.1 **Error en la partición. Omisión de bienes o valores conforme al artículo 1079 CC. STS (Sala 1.ª) 3 noviembre 2014 (RJ 2014, 6863)**

Según preceptúa el artículo 1079 CC, en cuanto que supuesto de error en la partición tipificado legalmente: «La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos».

⁴ Sobre este tema en la doctrina *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, ADC, 1990, pp. 5-24.

Esta norma encuentra su fundamento, según se desprende de la doctrina jurisprudencial que interpreta aquel precepto, en el principio de conservación de la partición o *favor partitionis*.

En el caso de la Sentencia comentada, más que la omisión de bienes en sí, se plantea un posible error en la valoración o conceptualización de un fondo de inversión, dando lugar a distintos resultados según el mismo se considerase como ganancial o privativo. En opinión de Vallet de Goytisolo, después de realizar un estudio jurisprudencial sobre la cuestión, la expresión «valores» del artículo 1079 CC debe interpretarse de tal forma que procede la partición adicional cuando las operaciones de valoración de los bienes hereditarios se hayan realizado erróneamente en perjuicio de los coherederos.

Según se desprende de la Sentencia comentada, el causante era cotitular, junto con su viuda y una hija, de un fondo de inversión. La viuda y sus otros hijos interponen demanda frente a la hija cotitular solicitando la división del fondo, con base en unos porcentajes al considerar que el mismo tenía naturaleza ganancial. Por su parte, considera la demandada que el fondo debe dividirse en partes iguales al no tener tal naturaleza.

El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso considerando que la acción ejercitada era una acción de división de la cosa común.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto. Uno de los motivos del recurso de casación es el de la infracción del artículo 1079 CC, en relación al principio de *favor partitionis* o conservación de la partición hereditaria.

En opinión del recurrente, siendo el origen del dinero con el que se configuró el fondo ganancial, tras liquidarse la sociedad corresponde la mitad del caudal a la viuda y el resto del dinero debe distribuirse conforme a la voluntad del causante.

El motivo debe ser estimado, a juicio del Tribunal, «(e)n relación a los motivos planteados, conforme a la sentencia de Primera Instancia, y en la línea del voto particular suscrito, debe señalarse que, en relación a las cuentas, depósitos o fondos de inversión, la doctrina jurisprudencial de esta Sala no da un valor determinante o concluyente, por sí sola, a la titularidad bancaria de los mismos ya respecto de la condición de propietarios de los partícipes, o bien, respecto del reparto o de su distribución igualitaria, pues en ambos casos habría que estar al título material que causaliza dicha adquisición o atribución patrimonial. En el presente caso, no cabe duda, conforme a la prueba practicada y al propio reconocimiento de la demandada, acerca de la

naturaleza ganancial del meritado fondo y de su transmisión mortiscausa por la que, realizándose previamente la correspondiente liquidación de la sociedad legal de gananciales, la distribución del mismo deberá responder, en el presente caso, a los criterios distributivos contemplados en el testamento del causante; tal y como expresamente contempla la cláusula tercera de la citada escritura de aceptación y adjudicación de la herencia respecto a cualesquiera otros bienes o créditos pertenecientes al caudal hereditario.

Dicha consideración, por lo demás (motivo segundo del recurso), viene reforzada por la aplicación del criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*favor contractus*) que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTS 15 de enero de 2013 [núm. 827/2012 (RJ 2013, 2276)] y 30 de junio de 2014 [núm. 333/2014 (RJ 2014, 3526)], ya aplica, no solo como canon hermenéutico, sino como principio informador de nuestro sistema patrimonial comportando, entre otros aspectos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del acto o contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitándose el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica.

Valoración que resulta extensible a la proyección de dicho principio en el Derecho de sucesiones, particularmente referido al *favor testamenti* y al *favor partitionis*, como ámbitos conexos a la voluntad testamentaria (675 del Código Civil), SSTS de 30 de octubre de 2012 [núm. 624/2012 (RJ 2013, 2274)] y de 4 de enero de 2013 [núm. 785/2012 (RJ 2013, 4590)]. Todo ello conforme a la interpretación sistemática, entre otros, de los artículos 764, 814 y 1080 del Código Civil».

1.2 Omisión del bienes o valores en la partición. STS (Sala 1.ª) 20 de enero de 2012 (RJ 2012, 1899)

Se plantea en este caso el problema de la necesidad de llevar a cabo una partición adicional al quedar omitidos en la partición inicial algunos bienes del causante, conforme al artículo 1079 CC. Es presupuesto esencial para la aplicación de tal precepto la existencia de algún tipo de elemento patrimonial que pertenece a la herencia y siendo omitido, se encuentra en estado de indivisión⁵. Una de las cuestiones debatidas en la presente Sentencia es acerca del valor que se debe conceder a una cláusula de renuncia de derechos efectuada por los coherederos una vez practicada la partición. No es

⁵ Sobre este tema *vid.* GUILARTE ZAPATERO, ADC, 1966, pp. 55-80.

posible la renuncia a realizar una partición adicional conforme al artículo 1079 CC. Ahora bien, una vez que hubiesen aparecido esos nuevos bienes, los herederos pueden renunciar a los mismos, que es cuestión distinta a la renuncia a la partición adicional.

Los hechos que toma como referencia la Sentencia comentada podrían resumirse del siguiente modo:

El causante, D. Celestino, quien fallece en estado de viudo, deja como herederos a tres hijos, Cándido, don Luis Carlos y don Florentino y premuerto su hijo don Carlos Alberto, quedando tres hijos de esté: don Norberto, don Leoncio y don José Pedro, el testador deja a estos la parte que correspondería a su padre.

Trascurrido un año del fallecimiento del causante, todos ellos otorgan ante notaria escritura de aceptación y adjudicación de herencia, practicándose la partición del patrimonio hereditario. En esta última escritura consta una cláusula que es de gran importancia en este caso: «con las adjudicaciones efectuadas, todos los comparecientes se dan por íntegramente pagados de sus respectivos derechos, por lo que respecta a los inmuebles de que se trata, sin que tengan nada que reclamarse, al ser de idéntico valor lo recibido, a lo que les correspondía en el proindiviso disuelto. Asimismo, todos y cada uno de ellos, renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre la total propiedad de los pisos cuyas cuotas partes han sido adjudicadas a los otros comuneros, así como los derechos expectantes que pudieren tener sobre las otras porciones de las fincas no adjudicadas a ellos, de los que no existe título conocido».

Dos años más tarde dos de los nietos Leoncio y don José Pedro, venden a Norberto las participaciones de la adjudicación de los bienes hereditarios.

El causante, 20 años antes de su fallecimiento, había adquirido en documento privado de compraventa, un inmueble y unas participaciones indivisas de otros inmuebles, el documento se elevó a documento público. Dichos bienes no habían sido incluidos en la partición.

Don Norberto formuló demanda frente a todos los coherederos interesando la adición de la herencia de estos últimos bienes y participaciones indivisas: el bien, dividido en cuatro cuotas-parte y las participaciones indivisas a las que habían sido adjudicatarios de cuotas, con lo cual completarían el pleno dominio. Ello conforme a los pactos y cláusulas alcanzados por todos los interesados, y en concreto, en cuanto a la renuncia a cualquier derecho.

De todos los codemandados, dos se allanan (Cándido y Luis Carlos), dos han renunciado específicamente, una vez iniciado el proce-

so (Leoncio y José Pedro) y se ha opuesto el codemandado Florentino que mantiene que la adición de dichos bienes y participaciones indivisas debe hacerse conforme a la voluntad del causante expresada en su testamento, es decir, por cuartas partes iguales (tres a los hijos y la cuarta parte restante a los nietos que en este momento es uno solo, el demandante, por la renuncia de sus dos hermanos).

El JPI estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, el mismo es desestimado por la AP. El codemandado, único que se opuso a la demanda, formula recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo.

Doctrina (F. J. 2.º y 3.º): «Al entrar en el análisis del recurso de casación debe partirse de la validez de la controvertida cláusula de renuncia, que ha sido transcrita en líneas anteriores, en la que todos los comparecientes (todos los ahora litigantes), tras la partición de herencia, renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre lo adjudicado a los demás coherederos, así como los derechos expectantes que pudieran tener sobre otras porciones (o cuotas) que pudieran tener sobre fincas no adjudicadas a cada uno. De este texto se desprenden dos extremos:

- primera: tal renuncia la hacen todos los coherederos; todos, no solo alguno o algunos de ellos;
- segundo: la renuncia no alcanza a bienes que no fueron objeto de la partición; los derechos expectantes vienen referidos a los derechos sobre los bienes y cuotas adjudicadas (“... otras porciones de las fincas...”) a los demás coherederos, no a bienes teóricamente desconocidos y que, por ser ajenos a su conocimiento (no consta que los conocieran) no podían ser objeto de negocio jurídico.

Es decir, todos los coherederos, de común acuerdo, tienen voluntad de zanjar la posible polémica sobre la herencia de su padre y abuelo y así lo expresan. Lo que no expresan, en modo alguno, es una renuncia a bienes futuros: si se admitiera así, debería alcanzar a todos ellos y aparecería la incógnita sobre el destino de tales bienes aparecidos y no conocidos, teóricamente, después.

Partiendo, pues, de la validez de la renuncia que alcanza a todos los coherederos y no alcanza a los bienes aparecidos tras la partición que contiene la renuncia, han de considerarse dos puntos: la partición convencional y la adición a la partición.

La partición convencional la contempla el artículo 1058 del Código civil y es la realizada por los propios interesados, coherederos que forman la comunidad hereditaria que, como negocio jurídico plurilateral, tienen la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, como recuerda la sentencia de 18 de

marzo de 2008 que añade que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios... Cuya partición convencional solo cabe cuando no la ha realizado el propio testador, soberano de su sucesión (artículo 1056 del Código civil), ni la ha encomendado a un contador-partidor (artículo 1057). Esta partición es la que se ha dado en el presente caso; han sido unos coherederos los que la han practicado; el testador dispuso de su herencia entre sus hijos y nietos en una proporción de cuatro partes, provocando la comunidad hereditaria, no evitándola que hubiera sido así de haber la división y adjudicación a los coherederos del activo hereditario, confiriéndoles la propiedad exclusiva de los bienes que les han sido adjudicados, como dice el artículo 1068 del Código civil y reiteran las sentencias de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007, 17 de diciembre de 2007.

En caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, sentencias de 22 de octubre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 13 de marzo de 2003, 18 de julio de 2005, 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las sentencias 11 de diciembre de 2002 y 19 de octubre de 2009). Es una aplicación del principio del *favor partitionis* (así, sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005). En el presente caso, se ha pretendido en la demanda la práctica de la partición adicional respecto a los bienes contenidos en la escritura de 4 de mayo de 2004. No se ha opuesto la importancia de los mismos, aunque simplemente se haya mencionado y, ciertamente, una nueva partición hubiera evitado problemas y este mismo litigio. Pero no se puede plantear aquí.

Tercero.- De todo lo expuesto en el fundamento anterior, se concluye que la cláusula de renuncia es válida y que su eficacia alcanza a todos los coherederos. Su inevitable consecuencia es que se debe practicar una partición adicional en que los bienes y derechos contenidos en la escritura de 4 de mayo de 2005 se deben partir en cuatro porciones que, conforme a la voluntad del testador, corresponden a sus cuatro hijos: tres *per capita* (Cándido, Luis Carlos y el recurrente Florentino) y una *in stirpes*, que por renuncia de dos de ellos (Leoncio y José Pedro) le corresponde en exclusiva al tercero de los nietos (Norberto) que ha sido el demandante.

Aplicando lo dicho al recurso de casación, se estiman los motivos tercero y cuarto, por entender que se han infringido los artículos 1079

y 1255 del Código civil. El primero de ellos, no en el sentido que se expone en el recurso (que trata de la importancia de los bienes omitidos, que es cuestión nueva) sino en el que se ha mantenido desde la contestación de la demanda, que es la partición de los bienes y derechos “nuevos” conforme a la voluntad del testador, en cuatro partes. El segundo, por cuanto el principio de autonomía de voluntad, en relación con la interpretación, debe aplicarse en la forma que ha sido expuesta. Asimismo, se estima el último de los motivos al considerar que las sentencias de instancia no han respetado la correcta interpretación de la facultad de renunciar, que afecta a facultades que se presupone han entrado en la titularidad del renunciante, como dice la sentencia de 11 de octubre de 2001 y añade la de 23 de noviembre de 2007 (que reitera la de 23 de febrero de 1995) que el sujeto no pudo renunciar a un derecho subjetivo que no había nacido a la vida jurídica, ni podía conocer que se produciría más tarde.

Procede, pues, casar la sentencia, sin que pueda hacerse la declaración que interesa el recurrente en el suplico del recurso de casación, ya que no hubo reconvencción. Sin embargo, queda claro que la renuncia es válida, se aplica en el sentido expuesto y deberá hacerse la partición adicional en la forma que ha sido también expuesta».

1.3 Caducidad del cargo de albacea. Consentimiento de los herederos. STS (Sala 1.^a) 13 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4884)

Se plantea en este caso el problema de la partición practicada por el albacea cuando se había producido la caducidad de su cargo.

De acuerdo con la doctrina contenida en la STS 18 septiembre 2006 (RJ 2006, 8662), la partición realizada por quien ya no tenía reconocidas las facultades necesarias para ello por haber terminado su función está viciada de nulidad.

En el supuesto de hecho de la Sentencia comentada el albacea, don Edmundo, manifiesta cuando tiene lugar la operación particional de adición de fincas en 1999 (cuando la causante falleció en 1988) ante Notario: «por cuya razón el señor compareciente –no obstante hallarse extinguido por caducidad su expresado cargo– manifiesta –bajo su responsabilidad– haber sido encargado por los herederos de adicionar la herencia en cuestión con las fincas referidas. Asume pues la representación no acreditada de los herederos que se dirán, y ante la advertencia que yo notario le hago en relación con tal representación, insiste en este acto que queda pendiente de la oportuna ratificación de los herederos interesados».

No obstante, en este caso se plantea si la partición hecha por un albacea contador-partidor, con su cargo caducado, siendo nulo, puede tener eficacia por el consentimiento –representación o ratificación– de los herederos. De este modo, valdría como partición hecha por los propios herederos.

Esta adición de la causante, D.^a Tatiana se concretó en tres fincas, de escasa importancia económica. Dos de ellas están conformes todos los herederos, incluso la demandante, en que tienen el carácter de bienes gananciales: seis de los hermanos lo ratifican, tres de ellos vendieron sus derechos hereditarios a su hermana Reyes, la demandante en primera instancia, y ésta reconoce, la ganancialidad de los bienes. En relación con la finca a la que niega que pertenezca a sus padres, tanto el Juzgado de Primera instancia, como el de apelación la excluyen de la partición. No anulan esta partición, sobre la base del principio del *favor partitionis* y solamente la excluyen. Interpuesto por la demandante en primera instancia recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo en el único sentido de que no se desestima la demanda contra don Edmundo, por falta de legitimación pasiva.

Doctrina (F. J. 3.^o): «El desarrollo del motivo se centra en la adición de la herencia de la madre doña Tatiana y alega dos extremos de los que se discute su base fáctica y jurídica. En primer lugar, la caducidad y en segundo lugar, la falta de representación –ni tampoco ratificación– de los herederos, por la actuación del albacea con el cargo caducado.

La caducidad ha sido tratada. Efectivamente, el albacea contador-partidor practicó la adición de la herencia diez años más tarde; su cargo, evidentemente, estaba extinguido por el transcurso del tiempo. Las sentencias de instancia lo han reconocido, por lo que no aparece infracción alguna en tal sentido; sin embargo, han reconocido la validez y eficacia de tal adición de herencia porque en ella han consentido los herederos e incluso la propia demandante, ahora recurrente, respecto a dos de las fincas incluidas en aquella adición y en la que no aceptó, es decir, no consintió, las sentencias de instancia la han excluido de la partición, pero no la han considerado de entidad suficiente para declarar la nulidad –pretendida en la demanda– de la escritura de adición a la partición de herencia de la madre, doña Tatiana. Y no la han declarado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial del *favor partitionis*.

Se ha insistido en la última parte del desarrollo de este motivo en la falta de representación del albacea para protocolizar ante notario el cuaderno de adición de la herencia, que se ha mencionado.

Lo cual ha sido reconocido por el propio albacea y ha sido advertido por el notario. Las sentencias de instancia han aceptado tal planteamiento, pero han rechazado su invalidez, por el consentimiento de los herederos, como se ha dicho en líneas anteriores. Todos ellos, incluso la demandante ahora recurrente, aceptaron la adición respecto a dos de las fincas y la tercera, a cuya inclusión ésta se opuso siempre, ha sido excluida sin necesidad de llegar a la declaración de nulidad.

Resulta, pues, el acuerdo de todos los herederos en la partición de la herencia, tanto la de la madre, como la del padre. La primera, porque la demandante se opuso a la inclusión de una finca, que las sentencias de instancia han efectivamente excluido y no han apreciado que ello provoque la nulidad de toda ella; la segunda, porque deriva de la anterior y no tiene causa de nulidad. Y tal acuerdo particional implica tanto la ratificación del albacea (exalbacea respecto a la de la madre) de su actuación en su nombre, como la partición hecha por los propios herederos, a través de aquél, como representante, por su ratificación posterior».

2. VALIDEZ DEL NEGOCIO PARTICIONAL Y FIJACIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO VITALICIO. STS (SALA 1.^a) 30 DE OCTUBRE DE 2013 (RJ 2013, 7860)

a) *Antecedentes fácticos*

En este caso el objeto de la controversia reside en determinar la titularidad de la comunidad hereditaria sobre determinados cuadros, con el carácter de colección artística, joyas y mobiliario que formaron parte del haber hereditario del causante. Así como también se somete a decisión de los tribunales el valor determinante que se le asigne a la escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal y de herencia, suscrito entre el heredero del causante y la que fue su esposa por segundas nupcias, el 24 de marzo de 1980. En esta escritura los bienes anteriormente citados fueron omitidos. Por otro lado, se debe analizar el documento privado de 20 de octubre de 1992, sobre un posible acuerdo verbal entre las partes por el que los objetos reclamados se incluían dentro del usufructo vitalicio que ya tenía reconocido la viuda, pero no así la propiedad de los mismos que pertenecía al heredero del causante.

La comunidad hereditaria insta demanda en ejercicio de acción reivindicatoria sobre una serie de bienes muebles y objetos decorativos. La demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción. El Juzgado de Primera instancia estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción, declarando la titularidad dominical de

la comunidad hereditaria sobre la mitad indivisa de determinados cuadros, condenando a la demandada a restituir al haber hereditario parte de los cuadros o su valor. En opinión del juzgador de instancia, no queda acreditado la existencia de pacto verbal por el que los bienes litigiosos se encuadraran dentro del usufructo vitalicio.

La sentencia de apelación, dando por acreditada la existencia del pacto verbal, estima el recurso de la demandante y desestima el de la demandada. Se considera que estamos ante una colección, como se extrae del examen de la pericial, así como que sí existió el pacto sobre el usufructo de los bienes. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

b) *Doctrina*

F. J. 3.º: «En efecto, una vez sentada, tras la prueba practicada, tanto la realidad del carácter de colección de los cuadros objeto de las diferentes reclamaciones, entre otras SSTs de 4 de julio de 2006 (núm. 742, 2006) y 27 de diciembre de 2012 (núm. 774, 2012), así como la validez estructural del acuerdo verbal por el que se concretaba y se incluían en el usufructo vitalicio los objetos de la litis, conforme, a su vez, a la concurrencia lógico-jurídica tanto del testamento del causante, de 13 de febrero de 1970, que instituye heredero universal a su hijo don Victorino, y al meritado cuaderno particional de 24 de marzo de 1980, que no contempla la titularidad y adjudicación de los bienes objeto de la litis, nada cabe objetar a la valoración jurídica que de estos hechos extrae la Audiencia Provincial, pues el alcance y significado de los mismos no puede ser otro que la titularidad dominical de la comunidad hereditaria de don Victorino, no derivándose más derechos para la parte recurrente de los que quedaron comprendidos en orden al usufructo vitalicio de doña Valentina, cuestión que hace inviable el éxito de la acción reivindicatoria ejercitada».

c) *Comentario*

En la Sentencia objeto de comentario, se refiere el TS a «la validez estructural del acuerdo verbal por el que se concretaba y se incluían en el usufructo vitalicio los objetos de la litis». El mencionado acuerdo fue suscrito entre el heredero del causante y la que fue su esposa en segundas nupcias.

El cónyuge viudo, aunque no sea ni heredero ni legatario de parte alícuota, es uno de los sujetos que participan en la partición, ya que tiene interés en algunas de las operaciones particionales que van a practicarse, tales como la valoración de los bienes hereditarios, pudiendo pedir, en su caso, complemento de legítima. Asimismo,

mo, tiene legitimación para solicitar la partición de la herencia a los efectos de que se concrete su derecho sucesorio, es decir, se determinen los bienes concretos sobre los que se proyectará su usufructo, o para que se proceda, si es el caso, a la conmutación del usufructo por uno de los medios de satisfacción de su derecho sucesorio (arts. 839.1 y 840 CC).

A un caso de partición convencional entre los hijos del causante y su viuda se refiere la STS 30 septiembre 1988 (RJ 1988, 6936). La situación litigiosa puede resumirse del siguiente modo: Don Manuel murió en 31 de julio de 1973, en estado civil de casado, por el régimen matrimonial de bienes aragonés, sin constancia de capitulaciones matrimoniales y sin haber otorgado testamento. Su viuda (actora y hoy recurrente) y los hijos del matrimonio (demandados) procedieron a distribuir, mediante distintos pactos, que tuvieron lugar en los años 1975, 1978 y 1979, todos los bienes correspondientes a la sociedad conyugal. La actora pretende, en su demanda, la nulidad de estas particiones. En opinión del TS, siguiendo la argumentación de la Sentencia impugnada «los pactos que se celebraron entre los coherederos, tienen un carácter particional, en los cuales la actora no se desprendió de los bienes que le correspondían, en propiedad, en la herencia de su marido, sino que se dio por pagada, con los que le correspondieron, de su parte en la herencia de su marido por tal concepto, de donde se deduce que los documentos en los que constan aquellos pactos, no contienen pacto sucesorio, ni donación y no requerían, por ello, la formalidad constitutiva del otorgamiento de escritura pública».

Acerca de la interpretación que debe darse al art. 1058 CC, merece destacarse la doctrina jurisprudencial contenida en la STS 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 3515): «No puede desconocerse que el artículo 1.058 del Código Civil atribuye a los herederos mayores de edad que gocen, además, de la libre disposición de sus bienes, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Dicha facultad, en palabras de la sentencia de 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5424), es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho –dar ejecución a la distribución del caudal hereditario–, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (SS. 3 de enero de 1962 [RJ 1962, 265], 25 de febrero de 1966 [RJ 1966, 852], 21 de mayo de 1966

[RJ 1966, 3815], 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 [RJ 1996, 864] y 12 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 7920]), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento».

Para la validez de la partición así realizada es necesario que se dé el consentimiento de todos los herederos y del cónyuge viudo⁶.

Por último, en cuanto a la forma, la Sentencia objeto de comentario se refiere a la validez del convenio verbal. En este sentido, la doctrina sostiene que la partición convencional será válida cualquiera que sea la forma que se adopte. No obstante, aunque no es el caso de la Sentencia comentada, será necesario que el negocio conste en escritura pública, para poder inscribir la nueva titularidad en el Registro de la Propiedad⁷.

3. EFECTOS DE LA PARTICIÓN. ATRIBUCIÓN AL COHEREDERO DE LA TITULARIDAD EXCLUSIVA DE LOS BIENES O DERECHOS QUE SE LE HAYAN ADJUDICADO. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO. STS (SALA 1.ª) 28 MAYO 2015 (RJ 2015, 2270)

a) *Antecedentes fácticos*

Habiéndose procedido a la división judicial de la herencia, en fecha 19 mayo 2006 el contador partidor hizo dos lotes, el A) que

⁶ Conforme se hace constar en la SAP Teruel 30 abril 2002 (JUR 2002, 157223): «Sentado todo lo que antecede y resaltando que la partición tiene un carácter o naturaleza contractual, lo indiscutible, según doctrina del Tribunal Supremo, consolidada desde la ya lejana sentencia de 7 de noviembre de 1935 (RJ 1935, 2168), pasando por la de 23 de marzo de 1968, y los más recientes de 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5656), 3 de febrero de 1999 (RJ 1999, 87) y 22 de junio del 2001 (RJ 2001, 5071), es que requiere y exige inexcusablemente el consentimiento conjunto de todos los interesados en la sucesión, al regir el principio de unanimidad; por lo que “lo evidente es que –si como ocurre en el presente caso– no obtuvo el consentimiento unánime de los herederos” la consecuencia es que no llegó a tener ningún valor jurídico; “que todos han de prestar su consentimiento es consecuencia de que tal requisito es inexcusable para el nacimiento del pacto” (STS 8 de febrero de 1996 [RJ 1996, 864], 20 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8090] y la ya citada de 3 de febrero de 1999), por lo que faltando el consentimiento de uno solo de los interesados en la misma el negocio jurídico es inexistente o radicalmente nulo, conforme a lo prevenido en el artículo 1261, el que tajantemente viene a establecer que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato, y 3.º Causa de la obligación que se establezca».

⁷ CARBALLO FIDALGO, 2016, pp. 1743-1744.

incluía la vivienda que es objeto de litigio, y el lote B), dejando la elección a uno de los herederos, Don Jacinto, que vivía en la citada vivienda. D. Jacinto eligió el lote B), y siguió ocupando la vivienda, sin pagar renta alguna. La vivienda es adjudicada en pleno dominio a su hermana doña Celia.

No aparece inscrita en el Registro de la Propiedad la adquisición hereditaria de la vivienda, por doña Celia, quien ejercitó demanda de juicio verbal solicitando el desahucio de la misma por parte de su hermano don Jacinto, condenándole a desalojarla y ponerla a su disposición, con apercibimiento de lanzamiento.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto.

b) Doctrina

F. J. 2.º: «La partición o división del caudal hereditario se presenta, como en este caso, cuando concurren más de un heredero o legatario de parte alícuota; es causa de extinción de la comunidad hereditaria.

El efecto que produce –conforme a la doctrina de la naturaleza sustitutiva o especificativa de la partición– es la determinación concreta de qué bienes corresponden a cada uno de los partícipes –herederos o legatarios de parte alícuota– lo que significa la sustitución de la cuota por la titularidad exclusiva sobre los bienes, concretos que le son atribuidos a cada uno. Esta doctrina es la imperante en la jurisprudencia más reciente.

Así, la sentencia de 21 de julio de 1986 “... una vez practicada la partición, aquel derecho abstracto se transforma en el derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le haya adjudicado”. La de 13 de octubre de 1989 destaca “su función individualizadora”. Y en el mismo sentido, la del 21 de mayo de 1990 que destaca “carácter de especificativa o determinativa de derechos”. Lo mismo la del 5 de marzo de 1991 “la tesis que le asigna carácter determinativo o especificativo de derecho...” es la que “informa la moderna jurisprudencia”. Doctrina que reiteran las sentencias de 3 de febrero de 1999, 28 de mayo de 2004 y 12 de febrero de 2007 (...) Consecuencia de todo lo expresado y de la doctrina jurisprudencial consolidada y conforme al artículo 1068 del Código civil el primer efecto de la partición es la atribución al coheredero o legatario de parte alícuota, la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le

hayan adjudicado. Es decir, no basta una atribución en el testamento, sino es precisa la adjudicación en la partición».

Por otro lado, en cuanto a la situación de precarista del demandado, en opinión del TS en la Sentencia comentada, «la situación de precarista del demandado y ahora recurrente es evidente. Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, éste se halla en clara situación de precario. Tiene la posesión inmediata de la vivienda que ocupa sin ser propietario, sin pago alguno de renta o merced, la cual se adjudicó el dominio a su hermana tras la división judicial del patrimonio hereditario de los padres. Y ésta, su hermana, tiene posesión mediata, como propietaria de la finca, como dispone el artículo 440 del Código civil, posesión denominada “civilísima” que contempla expresamente la sentencia del 21 de octubre de 2008 que dice: “Procedimiento encaminado a proporcionar a quien tiene un título hereditario la posesión de los bienes que le corresponden en la herencia en virtud del *ius possidendi* que dicho título le confiere, pudiendo de este modo hacer notoria la posesión civilísima que adquiere el heredero en virtud de lo dispuesto en el artículo 440 del Código Civil, que declara transmitida a él *ipso iure* la posesión de dichos bienes sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante”».

c) *Comentario*

Esta sentencia hay que ponerla en relación con la STS 20 de enero de 2014 en la que se fija como doctrina en interés casacional (por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias) que la esposa del causante, instituida legataria del usufructo universal de la herencia tiene legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante. En este caso en concreto, la madre había formulado demanda de desahucio contra su hijo que ocupaba la vivienda familiar, dada su condición de usufructuaria vitalicia universal de la herencia de su esposo. La vivienda ocupada por el hijo formaba parte de la sociedad de gananciales configurada con su esposo fallecido.

El Juzgado de instancia desestimó la demanda al entender que, dado que la sociedad de gananciales no había sido liquidada y que la herencia no había sido objeto de partición, el bien litigioso pertenecía a todos los herederos sin distribución de cuotas, no actuando la actora en beneficio de la comunidad hereditaria, sino en el suyo propio.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estimó sobre la base de que la finca objeto del litigio formaba parte de la sociedad de gananciales constituida entre la demandante en primera instancia y su difunto esposo y que, además, era usufructuaria de su

herencia en virtud del legado otorgado en testamento, que fue objeto de aceptación y adjudicación parcial, por lo que su condición de legataria del usufructo universal la legitimaba para el ejercicio de su pretensión frente al hijo demandado, cuya posesión calificaba de precario por no encontrarse amparada por *comodato* ni ningún título. El TS confirma la Sentencia de la Audiencia.

Merece destacarse la doctrina contenida en el F. J. 2.º de la citada STS de 20 de enero de 2014: «Desde la perspectiva metodológica y conceptual que debe presidir la fundamentación debe señalarse, con carácter preliminar, que la cuestión doctrinal no debe reconducirse, en rigor, a la tradicional polémica con ocasión del desahucio por precario entre coherederos cuando la herencia permanece indivisa; cuestión, por otra parte, ya desarrollada doctrinalmente por esta Sala en las SSTS de 16 de septiembre de 2010 y 28 de febrero de 2013, y precisada conceptualmente en la reciente sentencia de 29 de julio de 2013 (núm. 501/2013).

En efecto, desde la perspectiva analítica enunciada debe resaltarse que de la situación de indivisión, propia de la comunidad hereditaria, no se infiere una fundamentación o razón lógico-jurídica suficiente en orden a explicar la posible correlación o juego de los derechos hereditarios en liza cuando, precisamente, dicha concurrencia de derechos, en sí misma considerada, escape del fenómeno abstractivo de la indivisión por venir alguno de los derechos en liza ya plenamente determinado o concretado.

Esta autonomía o proyección del derecho hereditario ha sido recientemente desarrollada por esta Sala a propósito de la naturaleza y caracterización del *ius delationis* en el curso del fenómeno sucesorio, destacándose la razón de equivalencia y unidad entre ambos. Así, en la Sentencia de 20 de julio de 2012 (núm. 516/2012), en torno a la equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del *ius delationis*, se destaca que la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que no se transmite al haberse ya ejercitado, de forma que dicha aceptación de la herencia es la que causaliza al inmediato negocio de atribución que se realice. En parecidos términos doctrinales, la sentencia de 30 de octubre de 2012 (núm. 624/2012) resalta como la figura del fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio en el que venga previsto como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero, de suerte que el fideicomisario trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador, ya que el fiduciario, a estos efectos, no fracciona la unidad del fenómeno sucesorio sin

transmitir derecho sucesorio alguno que no estuviese ya en la esfera hereditaria del heredero fideicomisario.

Por su parte, en orden a la razón de equivalencia señalada, la sentencia de pleno de esta Sala, de 11 de septiembre de 2013 (núm. 539/2011), precisa que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

4. En el presente caso, la inalterabilidad del *ius delationis*, como razón informadora del derecho hereditario, comporta que la legataria del usufructo universal de la herencia ostente la legitimación y atribución de facultades que le infiere el legado como derecho hereditario ya plenamente delimitado y concretado en el curso del fenómeno sucesorio, con independencia de su posible concurrencia con los demás derechos hereditarios que resulten sujetos a la situación de indivisión de la comunidad hereditaria y, por tanto, a su posterior determinación en titularidades concretas sobre bienes determinados a través del cauce particional.

Máxime, en el presente caso, en donde, como señala acertadamente la sentencia de la Audiencia, la constitución del legado responde a una válida disposición testamentaria resultando refrendada por la beneficiaria en una escritura de aceptación y adjudicación parcial de la herencia, el 2 de julio de 2008».

La STS 20 enero 2014 se refiere, como se ha visto, a un supuesto en el que la demandante era legataria de usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble. Se le reconoce legitimación para ejercitar la acción de desahucio por precario contra un coheredero, su hijo, con independencia de su posible concurrencia con otros derechos hereditarios que resulten de la situación de indivisión de la comunidad hereditaria, teniendo en cuenta la plena determinación

actual de su derecho, conforme a la doctrina jurisprudencial sobre la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del *ius delationis*.

Por su parte, en la Sentencia objeto de comentario, STS 28 mayo 2015, ya se ha procedido a la partición, con lo que los derechos indeterminados sobre el total contenido de la herencia se individualizan y se transforman en derechos concretos sobre los bienes adjudicados, de modo que la titularidad sobre los mismos deviene en una titularidad ordinaria. De este modo, no hay duda acerca de la legitimación del propietario del bien en cuestión para ejercitar la acción de desahucio por precario frente a cualquiera de los anteriores coherederos que ostenten la posesión del bien.

No obstante, la cuestión que ha dado lugar a soluciones discrepantes en la jurisprudencia es si el coheredero que, antes de la partición y mientras dure la indivisión, posee un bien de la herencia con carácter exclusivo puede ser considerado precarista y por ello, ser demandado por sus coherederos para que cese en este tipo de posesión.

En la jurisprudencia menor se han mantenido dos posturas: a) la de admitir la viabilidad de la acción, puesto que aunque el heredero poseedor no carece de título, éste no justifica una posesión exclusiva; b) la de no admitir el ejercicio de la acción debido a la indeterminación provisional de las titularidades de los coherederos sobre los bienes mientras subsista la situación de indivisión⁸.

Dicha controversia fue resuelta por la STS 16 septiembre 2010 (RJ 2010, 6977), donde en opinión del Alto tribunal, en «el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria, de manera que la partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados, siendo precarista el coheredero en indivisión que hace uso exclusivo».

Esta doctrina es confirmada por la posterior STS 28 febrero 2013 (RJ 2013, 2161) conforme a la cual «(e)n el caso que se examina, el demandado está usando la finca objeto del desahucio de manera excluyente, frente al resto de los coherederos; la finca forma parte de una herencia no dividida, y la demanda pretende recuperar la finca objeto de desahucio para la comunidad hereditaria, motivo por el que concurren los presupuestos fijados por esta Sala, que permiten declarar el desahucio».

⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ VALVERDE, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, pp. 1 ss.

Asimismo, conviene reseñar la STS 14 febrero 2014 (RJ 2014, 954), donde se afirma que «el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de la protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (artículos 445 y 450 del Código Civil), de forma que aunque se admite la coposición, y su tutela, ello no autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos. En segundo término, sentado lo anterior, debe señalarse que esta ratio (razón) de la tutela dispensada debe prevalecer e informar el contexto doctrinal debatido. En efecto, en este sentido el recurso práctico hacia la viabilidad en estos supuestos del controvertido desahucio por precario no debe entorpecer la aplicación paulatina de la protección específica de la posesión ya mediante su defensa interdictal o, en su caso, por medio de la acción publiciana, pues el coheredero poseedor no tiene la posición de un mero precarista (sin título alguno, salvo la simple tolerancia)».

4. CAUSANTE HIPOTECANTE NO DEUDOR Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA. PAGO POR LA COMUNIDAD HEREDITARIA DE DEUDA PROPIA DE UN HEREDERO. STS (SALA 1.^a) 26 FEBRERO 2016 (RJ 2016, 763)

a) *Antecedentes fácticos*

En el presente caso se había realizado la partición de la herencia por el albacea-contador partidador designado testamentariamente. Uno de los herederos ejercita acción de rescisión por lesión. Los antecedentes fácticos que dan lugar a la demanda podrían resumirse del modo siguiente:

La causante había hipotecado un inmueble de su propiedad para garantizar una deuda del heredero demandante. La comunidad hereditaria, mediante un préstamo concedido por uno de los coherederos, procede a satisfacer la deuda y de este modo cancelar la hipoteca, que recaía sobre el único bien importante existente en el caudal hereditario. Estos elementos (la deuda del coheredero y el pago del importe de la misma) se tienen en cuenta a la hora de realizar la partición por el albacea de modo que finalmente al actor se le adjudica un crédito contra sí mismo por importe de 29.110,91 euros. En la contestación a la demanda los herederos se oponen a la

misma y solicitan reconvencción para que se condene al actor a abonar al resto de los coherederos la cantidad de 26.285,08 euros, en concepto de devolución del préstamo solicitado por la comunidad hereditaria para liberar la finca.

El JPI desestima tanto la demanda como la reconvencción. En opinión del juzgador, de la prueba practicada se deduce que la actuación del albacea-contador partidor fue correcta y no incurrió en mala gestión.

La AP desestima el recurso de apelación de la parte demandante y estima el recurso de los demandados, en lo referente a su reconvencción. De acuerdo con la sentencia de la Audiencia el actor debería pagar a cada uno de sus cuatro hermanos la cantidad de 6.571,27 euros. Según su interpretación, la comunidad no se subroga en los derechos del prestamista, sino más bien el partidor incluye en el activo de la herencia el importe satisfecho para liberar el inmueble, en tanto que forma parte del caudal relicto.

Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

b) *Doctrina*

Se contiene en el F. J. 2.º de la Sentencia: «1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477. 2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

(...)

Por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

1. Con relación al primer motivo, debe señalarse que la aplicación del artículo 1158 del Código Civil resulta procedente en el presente caso, pues la hipotecante no deudora, a los efectos del citado artículo, tiene la condición de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación [entre otras, STS de 3 de febrero de 2009 (núm. 18/2009)]. Posición que concurre en los coherederos que suceden a ésta y realizan el pago.

En esta línea, ha quedado acreditado que dicho pago se hizo en interés de la comunidad hereditaria pues, sin duda, la realización del pago de la deuda, facilitado por un préstamo sin interés de uno de los coherederos, evitó que el inmueble (bien principal de la herencia) disminuyera su valor, dado los elevados intereses de demora que comportaba el impago de la deuda por el actor.

Considerada la validez del pago, tampoco cabe establecer objeción alguna a la actuación particional de la albacea que incluye en

el activo de la herencia el importe satisfecho para liberar la carga del inmueble de la herencia. En efecto, ante los incumplimientos del demandante y constante ya la comunidad hereditaria, la validez y finalidad del pago realizado debe reputarse como un gasto necesario para la preservación del valor del bien principal del haber hereditario, es decir, por razón o interés de la comunidad. Gasto que además trae causa de los préstamos concedidos al coheredero demandante y cuyo pago también le ha sido útil y beneficioso al comportar la citada liberación de la carga que pesaba sobre el bien hereditario. Por lo que, aunque no lo consintiera, el gasto ha sido útil y debe ser a su cargo y responsabilidad, y no del resto de los coherederos (artículos 1063 y 1064 del Código Civil).

De ahí, como declara la sentencia de la Audiencia, que la inclusión de este crédito en el inventario de la herencia resulte ajustada a derecho y acorde con la naturaleza o función de las operaciones particionales, destinadas a resolver patrimonialmente el estado de indivisión de la comunidad hereditaria, con el recurso, como en el presente caso, a la correspondiente operación de liquidación participacional del haber hereditario.

Conclusión que también viene destacada por ambas instancias cuando declaran la ausencia de responsabilidad del albacea-contador partidador por haberse ajustado a las facultades conferidas por la testadora, en el marco legalmente establecido. Todo ello, a su vez, en concordancia con el principio de *favor partitionis*.

2. Lo anteriormente expuesto, con relación al primer motivo del recurso, sirve también como fundamento de la desestimación del segundo motivo. En donde la parte recurrente pretende justificar la exclusión del crédito de los coherederos en el activo de la herencia recurriendo, esta vez, al efecto de subrogación en el crédito satisfecho que, según su criterio, se deriva del pago realizado.

Sin embargo, como precisa la sentencia de la Audiencia, este supuesto de subrogación no resulta aplicable al presente caso, en donde la comunidad hereditaria no pretende la subrogación en el crédito pagado, ni compele a la entidad acreedora para ello (artículo 1159 del Código Civil), sino que se limita al pago de la deuda que libera de cargas al bien hereditario y, con ello, a ejercitar el derecho a recuperar las cantidades satisfechas en la medida de la utilidad o beneficio que para el deudor ha reportado el pago realizado; tal y como dispone el inciso final del artículo 1158 del Código Civil que reconoce esta acción de enriquecimiento en favor del *solvens* que paga, incluso con la oposición del deudor, caso que nos ocupa. Pago que, a mayor abundamiento, se realiza respecto de préstamos ya vencidos y sin posibilidad de prórroga alguna; de ahí el efecto extintivo

y liberatorio de la deuda para el coheredero demandante y consiguiente nacimiento de un nuevo derecho de crédito para los restantes con herederos que, dada la naturaleza y finalidad del pago, lo instrumentalizan correctamente en el marco de las operaciones particionales realizadas por el albacea designado.

3. El tercer y último motivo del recurso también debe ser desestimado tanto por la forma con que se formula, como por la cuestión de fondo que plantea.

En el primer aspecto indicado, el motivo se formula con una indebida técnica casacional, mezclando infracciones genéricas de preceptos relativos al ámbito de la interpretación del contrato con la doctrina de los actos propios, todo ello con la cita de una sentencia del Tribunal Constitucional en la que simplemente se contempla la definición de dicha doctrina, sin mayor relación con las circunstancias del caso aquí enjuiciado.

En el segundo aspecto indicado, el recurrente alega que el pago realizado respondió a un acto de liberalidad de los restantes coherederos tendentes a la condonación de la deuda contraída. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina general del pago del tercero, dicha liberalidad debe ser probada y no puede inducirse simplemente del pago realizado, máxime cuando el *solvens* justifica la onerosidad del interés que movió a realizar dicho pago. En esta línea, la sentencia de la Audiencia descarta la condonación de la deuda en el cuaderno particional realizado.

En cualquier caso, y en contra de lo argumentado por el recurrente en este motivo, basta con la lectura del cuaderno particional de 31 de marzo de 2010, particularmente de su apartado quinto relativo a la distribución de los bienes adjudicados, en donde justifica la diferencia de lotes por la necesidad del pago realizado que «generó como activo a favor de la comunidad hereditaria un crédito contra el deudor» precisándose, además, que no se hace partícipe al recurrente de otras partidas de deuda menores por su situación de insolvencia. Crédito en favor de los restantes coherederos que se instrumentaliza en la partición y que ahora no puede desconocer el recurrente pues, precisamente, fue el motivo central de su oposición al cuaderno particional».

c) *Comentario*

De esta sentencia del TS hemos de destacar dos cuestiones principales, una de ellas es el de la determinación de las consecuencias que deba tener el pago por un tercero. En este caso algunos de los participantes en la comunidad hereditaria proceden al

pago de una deuda particular de uno de los herederos en garantía de la cual la causante hipotecó un bien de su propiedad que, abierta la sucesión, pasa a formar parte del *caudal relicto*.

La calificación de la condición del tercero, en cuanto interesado en el pago o no, así como la conducta del propio deudor respecto de ese pago, servirán para esclarecer si el tercero que pagó tiene algún derecho a recuperar lo pagado en su totalidad o en parte.

La segunda cuestión y conectada con la anterior, es si dada la liberación del coheredero deudor, el derecho de crédito surgido para los restantes coherederos (que pagaron) puede instrumentalizarse en el marco de las operaciones particionales realizadas por el albacea designado testamentariamente.

En el caso de la Sentencia objeto de comentario la comunidad hereditaria efectúa el pago con el fin de evitar la ejecución de la garantía hipotecaria constituida por el causante para garantizar el pago de la deuda. Por ello, quien realiza el pago es un hipotecante no deudor, un responsable no deudor. Podría entenderse, entonces, que el tercer hipotecante no deudor es un sujeto interesado en el cumplimiento de la obligación de acuerdo con los artículos 1158.1 y 1210.3 CC.

En este caso el interés vendría representado por el grado de vinculación del sujeto con la obligación que paga, puesto que, ante el impago, el acreedor puede agredir su patrimonio (en el supuesto comentado el hipotecante no deudor puede perder el inmueble como consecuencia de la ejecución de la garantía hipotecaria).

Cuando el tercero pagó en contra de la voluntad del deudor, como es el caso objeto de comentario, queda el recurso a la *actio in rem verso* o de enriquecimiento injusto del artículo 1158.III CC. En el caso de la Sentencia comentada el Tribunal Supremo considera que lo procedente es indemnizar al tercero en la medida en que el pago le hubiera sido útil (efectos del art. 1158.III CC), puesto que el momento que se toma como referencia para formular la oposición es el del pago mismo.

Para justificar el interés en el pago del hipotecante no deudor (que radica precisamente en evitar la ejecución hipotecaria de su inmueble) y considerarlo como un sujeto facultado para pagar, en la Sentencia el Tribunal Supremo trae a colación la anterior STS 3 febrero 2009. En opinión del TS en esta sentencia, el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación del artículo 1210.3.º CC. Continúa afirmando el TS que, aunque el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, lo importante es determinar «si tiene interés en el cumplimiento», según el precepto. La sentencia comentada entiende que existe el interés «cuando

de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja; el interés aludido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación; y es procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aun cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquella». La STS 3 de febrero de 2009 considera que el artículo 1210.3 CC contempla un supuesto de subrogación legal, que se produce automáticamente, sin que se precise la voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria.

Por consiguiente, se entiende que la comunidad hereditaria que paga la deuda garantizada con hipoteca tiene la condición de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación y dispone de una acción de reembolso.

Una resuelta esta primera cuestión, procede dictaminar a continuación, si el reembolso se puede articular en la partición o si esta acción debería ejercitarse por los coherederos frente al deudor una vez concluida la partición y al margen de la misma. La Sentencia objeto de comentario opta por la primera solución, por un lado, puesto que la partición es una forma de liquidación de la comunidad y el crédito ya estaba en la misma, por otro lado, sobre la base el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*vid.* STS de 15 de enero de 2013).

En conclusión, en esta Sentencia, el TS interpreta que la liquidación, en cuanto que operación de la partición, podrá comprender, por lo tanto, los gastos generados por la propia partición, pero también reintegros y compensaciones recíprocas entre los coherederos y el pago de las deudas hereditarias.

5. NULIDAD DEL CUADERNO PARTICIONAL. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL OBJETO. STS (SALA 1.ª) 12 FEBRERO 2016 (RJ 2016, 544)

a) *Antecedentes fácticos*

En esta Sentencia se discute acerca de la posible nulidad de cuaderno particional por adjudicación con imposibilidad de objeto.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda principal y estima la demanda reconvenzional. Al declarar la validez del cuaderno particional se declaran válidas las cantidades fijadas en concepto de compensación a cargo de los actores cuyo cupo es de

mayor valor que el del resto de coherederos. El Juzgado de Primera instancia sostiene que cualquiera de las partes podrá instar la modificación en el catastro para que este se ajuste a los dos cupos fijados en el cuaderno particional.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia.

La Audiencia considera que el hecho de que la finca no pueda ser objeto de segregación conforme a la normativa urbanística, en modo alguno convierte el inmueble en ilícito o fuera del comercio, puesto que los herederos a quienes se adjudica la casa pueden disponer y usar de la misma como tengan por conveniente, ostentando un título de propiedad sobre la misma.

El Tribunal Supremo desestima la nulidad de la partición hecha por el contador partidor, solicitada por haber configurado uno de los lotes como cosa imposible, por no ser lícita su segregación ni poder disponer del bien o inscribirlo en el Registro de la Propiedad.

b) *Doctrina*

F. J. 2.º: «2. Como cuestión previa, debe señalarse que en la sentencia de esta Sala que cita el recurrente, esto es, la STS de 26 de julio de 2000 (núm. 791/2000), cuya cuestión nuclear versa sobre la venta de una finca edificada en una parte de su extensión, segregada de otra mayor y cuya superficie no se adecua a la mínima exigible por la normativa aplicable a la zona al tiempo de la celebración del contrato, la referencia que realiza, en orden a la nulidad contractual por ilicitud o imposibilidad jurídica del objeto, responde a un supuesto claramente diferenciable del aquí enjuiciado, tal y como claramente se desprende de su propia argumentación, (párrafo último, del fundamento de derecho cuarto): “[...]»

Por último, en cuanto al tercer submotivo, en el caso que se cuestiona la apreciación de falta de causa, posiblemente el supuesto de autos, en puridad técnica, no encuentre su mejor acomodo en los arts. 1275 y 1261.3.º CC, en cuanto que realmente no se afecta a la función económico-social o práctica de la compraventa (causa objetiva), ni el contrato responde o persigue una finalidad ilícita, como tampoco parece que se dé una hipótesis de afección de un motivo causalizado (que no es supuesto resolutorio, como se afirma en el motivo, sino más bien incardinable en la falsedad de causa del art. 1301 CC), que habría exigido que circunstancias externas al objeto principal del contrato se incorporen a su base como común representación o motivo del contrato concreto. Habida cuenta las circunstancias concurrentes quizás sería mejor solución la de entender

que se da una nulidad contractual por ilicitud o imposibilidad jurídica del objeto (arts. 1271 y 1272), porque la normativa aplicable no permite la segregación de la parcela edificada con la superficie que se segrega, por lo que se trata de una transmisión de una cosa no susceptible de tráfico jurídico. En cualquier (*sic*) concurre la infracción de la normativa urbanística que produce la nulidad contractual (arts. 6.3 y 1255 CC) que aprecia la Sentencia recurrida, sin que se produzca problema alguno en relación con los efectos reintegratorios derivados de la ineficacia al ser similares los de la nulidad radical y los de la nulidad relativa, como señala reiterada jurisprudencia (Sentencias 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1987, 30 de diciembre de 1996, 16 de mayo de 2000, entre otras)”.

Hecha esta matización, la argumentación que sustenta la parte recurrente no puede ser compartida por esta Sala, con arreglo a la siguiente fundamentación jurídica.

En primer lugar, porque la delimitación del objeto del contrato, por definición con una carga elevada de ambigüedad, si no se la quiere confundir con otros planos diferenciados de la dinámica contractual (entre otros, prestación del contrato, motivos que informan la causa del mismo o su base negocial y, en su caso, los riesgos derivados), tiene que quedar referenciada jurídicamente de acuerdo con las categorías generales de posibilidad, licitud y determinación que establecen los artículos 1271, 1272 y 1273 del Código Civil, respecto de todos aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponda al interés de las partes en la relación jurídica de que se trate.

En esta línea, y en segundo lugar, la aplicación con carácter general de las categorías de posibilidad y determinación no plantea, en el presente caso, ningún problema de interpretación respecto de su aplicación en sede particional. En efecto, los bienes objeto de la partición tienen una existencia actual y, a su vez, se hallan perfectamente identificados o determinados en el cuaderno particional.

Sin embargo, en lo atinente al prisma de la licitud como presupuesto del acto o negocio, supuesto en donde se referencia la imposibilidad del objeto aquí planteada, la aplicación generalizada de este requisito debe ser matizada en el ámbito de la partición hereditaria, al menos como presupuesto de la nulidad de la misma. En este sentido, debe precisarse que, dada la distinta naturaleza y alcance de la partición respecto de la relación contractual, propiamente dicha, la imposibilidad jurídica que afecte a un determinado bien de la partición, como presupuesto de nulidad, tiene una concreta vía de aplicación cuando comporta una vulneración frontal

del principio de igualdad en la conformación de los lotes de la partición (artículo 1061 del Código Civil). Todo ello, de acuerdo a los remedios expresamente previstos por el Código Civil: rescisión por lesión, adicción o complemento y, en su caso, modificación del cuaderno particional.

En tercer lugar, y en concordancia con lo anteriormente señalado, porque ambas instancias aplican correctamente el principio de *favor partitionis* en orden a la validez de la partición realizada.

En esta línea, conviene señalar que tanto la Propuesta de Reforma del Código Civil de la Comisión de Codificación (art. 1303), como los PELC (art. 4:102) y la DCFR (art. II:102), en orden a favorecer la validez del contrato ya trasladan la problemática que se deriva de la imposibilidad jurídica del objeto a otras sedes normativas (caso del incumplimiento del contrato).

Por último, y en cuarto lugar, como con detalle indica la sentencia de primera instancia, porque la imposibilidad del objeto respecto a su posible acceso al Registro de la Propiedad tampoco se da. Pues, de acuerdo a la concentración parcelaria realizada, cabe la posibilidad para la parte demandante de agrupar en una sola parcela, idónea para su inscripción, todas las edificaciones de su titularidad».

c) *Comentario*

Conviene, en opinión del TS en la Sentencia comentada, diferenciar categorías jurídicas. Por lo que se refiere al objeto del contrato el mismo debe ajustarse a las «categorías generales de posibilidad, licitud y determinación que establecen los artículos 1271, 1272 y 1273 del Código Civil». En este caso en concreto no presenta ninguna duda la posibilidad y determinación del objeto, trasladando su aplicación a la sede particional; puesto que los bienes objeto de la partición tienen una existencia actual y se encuentran identificados en el cuaderno particional.

Por otro lado, en lo referente a su licitud, «la aplicación generalizada de este requisito debe ser matizada en el ámbito de la partición hereditaria, al menos como presupuesto de la nulidad de la misma». En este sentido, este requisito se manifiesta en sede particional en el principio de igualdad en la conformación de los lotes de la partición (art. 1061 CC), con la consecuencia, en su caso, no ya de la nulidad, sino de la rescisión por lesión, adicción o complemento de la partición.

Un argumento de peso en este caso para no estimar el recurso de casación es el del *favor partitionis*. En relación con todo lo anteriormente expuesto conviene traer a colación una sentencia anterior del

TS, de 12 de marzo de 2009, en cuyo Fundamento Jurídico 7.º se expone lo siguiente: «Aún en la hipótesis de considerar ejercitada la acción de nulidad, ello no equivale a tener por existentes los presupuestos que permiten su estimación, siendo la decisión de la Audiencia de preservar la eficacia de la partición hecha por el contador partidor dativo, vistas las circunstancias del caso, plenamente conforme con la doctrina de esta Sala. Ello es así porque no puede obviarse que en materia de nulidad, rescisión y hasta modificación de las particiones, predomina, en general, el llamado “principio de conservación” siendo la tónica legal, acusada en el propio articulado de nuestro Código Civil, el evitar, en cuanto ello sea posible, que las particiones se anulen o rescindan, y en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, sostenida, entre otras, en las Sentencias de 2 de julio de 1904, 5 de mayo de 1920, 17 de abril de 1933, 17 de abril de 1943, 6 de marzo de 1945, 17 de marzo y 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y 13 de octubre de 1960, todas ellas mencionadas por la de 25 de febrero de 1969. Consecuencia de ello es la interpretación restrictiva de la nulidad y la rescisión de la partición. Y dado que, según la Sentencia de 14 de mayo de 2003, rec. 2873/1997, “la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico (así, la sentencia de 13 de junio de 1992 lo dice, refiriéndose a ‘las mismas causas que las de los contratos’)”, solo se producirá “cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad”, lo que no es el caso. Si la omisión de bienes (frutos, rentas e intereses) no es motivo de nulidad, tampoco el segundo de los argumentos expuestos por la parte recurrente, que incide en la tesis de la nulidad radical de la partición por ser contraria a derecho, merece una respuesta estimatoria. Ciertamente, la posibilidad de que la división de dos fincas registralmente independientes tenga lugar como una unidad, mediante la formación de lotes proporcionales a la cuota de cada condómino es cuestión nada pacífica, pues siendo un procedimiento que esta Sala ha admitido en alguna ocasión (así, la Sentencia de 27 de julio de 1994, rec. 3239/1991, que cita la de 31 de octubre de 1989, acepta la formación de lotes en la división de varias fincas o inmuebles indivisibles, “pero que estimados en su conjunto no lo son en cuanto pueden atribuirse de aquella manera a cada uno de los partícipes”, solución que encuentra su razón de ser en que esta Sala no impone la aplicación mecánica del artículo 404 CC, a pesar de que el conjunto no era objeto único de copropiedad sino cada uno de los inmuebles, facilitando a la hora de

materializar la división “una solución armónica con la realidad económica, evitando la subasta pública para salir de la indivisión, que se halla en la formación de lotes, siempre que no haya mucho desmerecimiento”), también en otras ocasiones se ha seguido el criterio contrario, siendo ejemplo de esta última postura la sentencia citada por la parte recurrente, de 30 de julio de 1999, rec. 213/95, que señala que “las únicas formas de proceder al cese de la situación de indivisión en caso de que las cosas en proindivisión sean indivisibles son las previstas en los artículos 404 y 1062 del Código Civil, sin que proceda, en caso de ser varios, como aquí sucede, los bienes poseídos en común, la formación de lotes como dispone el artículo 1061 de citado Cuerpo legal, precepto aplicable únicamente en los supuestos en que exista una comunidad universal de bienes en que los comuneros ostentan una participación indivisa sobre la totalidad del patrimonio en común y no sobre cada uno de los bienes concretos que lo integran”. Ahora bien, véase que la formación de lotes se proscribió para el supuesto concreto en que consta acreditado que las cosas en condominio son indivisibles, no existiendo además aceptación por los partícipes de esta forma de división material, circunstancias ajenas a las del presente caso, pues ni la indivisibilidad ha sido probada (cuestión de hecho que no procede revisar en casación) ni, esto es lo más importante, las demandantes mostraron desde un principio su oposición clara y rotunda a que les fueran adjudicados pisos o locales concretos, en pago de su cuota parte proporcional en la comunidad (...). En consecuencia, y como fácilmente se observa leyendo el resto de la fundamentación jurídica, la demanda no se planteó en términos que permitan de forma inequívoca colegir que se estaba instando la nulidad de la partición por ser contraria al régimen legal aplicable en defecto de pacto, y a la jurisprudencia que se cita como infringida, sino que la intención de las demandantes no iba más allá de lograr una nueva valoración de los bienes y de que fueran incluidos los omitidos, aspectos que nada tienen que ver con la ineficacia radical de la partición por una pretendida vulneración del régimen aplicable, que es lo que ahora se postula en casación, de manera novedosa, excediendo completamente de la materia que constituyó el objeto de debate en primera instancia».

El último argumento empleado para defender la validez de la partición realizada es el recurso a la reinterpretación del Derecho nacional conforme al Derecho armonizado europeo, como sucede en algunas de las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, sobre todo en sede contractual.

Esta regla según la cual es nulo el contrato en los supuestos en los que el objeto del contrato sea imposible *ab initio* debe considerarse superada en cuanto que supone un límite injustificado a la autonomía privada. Y es que, en efecto, existen ámbitos de contratación en los que las partes «negocian en entornos de incertidumbre o con limitado conocimiento de la realidad sobre la que contratan. No se ven razones para no reconocer un interés, y que sea útil y legítimo celebrar contratos para poder proteger ese interés, aunque recaiga sobre objetos que más tarde se revelan como inexistentes u originariamente imposibles»⁹.

En esta línea, en el *Draft Common Frame of Reference* la imposibilidad inicial se equipara a la imposibilidad que tiene lugar cuando se ha perfeccionado el contrato, de modo que el contrato no será nulo y los remedios disponibles serán los propios del incumplimiento, como la resolución del contrato o la indemnización de daños y perjuicios¹⁰.

Por último, en el caso de la Sentencia comentada, entiende además el Tribunal Supremo que no existe tal imposibilidad, puesto que es posible inscribir la finca en el Registro de la Propiedad.

6. NULIDAD DEL CUADERNO PARTICIONAL. NATURALEZA PERSONALÍSIMA DEL CARGO DE CONTADOR PARTIDOR. STS (SALA 1.ª) 6 DE MAYO DE 2013 (RJ 2013, 8072)

a) *Antecedentes fácticos*

En este caso se produjo nombramiento de un contador-partidor en las respectivas testamentarias de Jesús Luis y Crescencia, con amplias facultades y prórroga del plazo legal prohibiéndose la intervención judicial de las mismas, con la consecuencia, en otro caso, de quedar reducida la participación en la herencia a la legítima estricta o corta (*cautela soccini*).

En fecha 16 de febrero de 2006 el contador-partidor nombrado procedió a la aceptación del encargo, si bien el mismo no tuvo intervención real en la realización del cuaderno particional. Queda acreditado en el procedimiento que fue en ese momento cuando sus sobriñas, demandantes en primera instancia y recurrentes en casación, lo citaron en la mencionada fecha, para que aceptara el cargo y firmara la propuesta de cuaderno particional que ellas habían preparado.

⁹ RIBOT IGUALADA, *RDC*, 2015, p. 23.

¹⁰ BOSCH CAPDEVILA, 2012, p. 462.

Isabel y Sagrario formularon demanda frente a Carlos José, sobre división de cosa común. El demandado contestó a la demanda y, asimismo, formuló reconvencción en la que solicitaba la declaración de nulidad del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor D. Carmelo.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de división de cosa común y estimó la demanda reconvenccional, declarando la nulidad de las operaciones particionales.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto por las demandantes en primera instancia.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Isabel y Sagrario contra la sentencia de la Audiencia Provincial. En cuanto al recurso de casación, se había denunciado infracción de los artículos 904, 905 y 906 CC, en relación con los artículos 1056 y 1057 CC. En opinión de la parte recurrente, la sentencia de Primera Instancia declara como hecho probado que el contador partidor tuvo conocimiento de su nombramiento el 16 de febrero de 2006 y se terminaron las operaciones particionales con la protocolización de la escritura pública de fecha 15 de febrero de 2008, por lo que el cuaderno particional fue realizado dentro del plazo previsto en la Ley, no pudiendo ser impugnado por una inexistente caducidad en el cargo. En el segundo motivo se alega la infracción del 7 CC, ya que la conducta del reconviniendo después de la notificación del cuaderno particional creó la confianza de sus hermanas de que había aceptado la operación realizada.

b) *Doctrina*

Como se expresa en el F. J. 3.º: «2. En relación al presente motivo, conforme a lo ya señalado en el recurso extraordinario por infracción procesal, cabe señalar que la nulidad del cuaderno particional no se deriva del transcurso del plazo legal establecido, incluida su prórroga, desde que el contador partidor aceptó el encargo, sino de la no intervención del mismo en su redacción, hecho que en sí mismo evidencia, como señala la sentencia recurrida, el incumplimiento actual del meritado encargo y, por tanto, su caducidad al tiempo de presentarse la demanda que origina el presente litigio (artículo 910 del Código Civil).

En efecto, el cargo del contador partidor (artículo 1057 y 899 del Código Civil) se acepta a título personal, y salvo disposición contraria del testador, también resulta indelegable (SSTS de 20 de sep-

tiembre de 1999 y 25 de febrero de 2000) y al igual que ocurre con la figura del albacea, cuya normativa resulta aplicable, está sujeto, como deber jurídico, a la responsabilidad derivada por los perjuicios que pudiera ocasionar su ejercicio de forma dolosa o negligente (arts. 1101 ss. del Código Civil).

Dicha caracterización del cargo de contador partidador resulta reforzada cuando, como en el presente caso, el testador conforme a su voluntad testamentaria (art. 675 del Código Civil), hace uso de la *cautela socini* prohibiendo la intervención judicial en su testamentaría, de modo que al legitimario que la promueva ve reducida su parte hereditaria a la legítima estricta o corta, acreciendo la diferencia a los que presten su conformidad con lo realizado por el contador partidador.

3. Respecto al segundo motivo basta señalar que la demanda reconvenicional estuvo precedida de actos inequívocos en orden a la frontal oposición al cuaderno particional realizado, documentos nueve, diez y once de la demanda reconvenicional, de forma que no cabe plantearse los supuestos de aceptación tácita o de la protección de la confianza suscitada en virtud de la doctrina de los actos propios».

c) *Comentario*

Nos encontramos en este caso ante una partición realizada sin el concurso del contador-partidador nombrado expresamente por el testador para realizar las operaciones particionales.

Lo que se discute es si la ineficacia alcanza a la realización del encargo fuera del plazo o a la no realización en absoluto del encargo, decantándose el Tribunal Supremo por esta segunda opción. Ello determina la nulidad de la partición, puesto que una de las características de este cargo es su carácter indelegable, salvo autorización expresa del testador. Lo que no sucede en este caso, donde además el testador había introducido una *cautela socini*, de modo que cualquier intervención judicial en la testamentaría determinaría que el sucesor testamentario recibiese únicamente lo que por legítima le correspondería.

El de contador-partidador es un cargo personalísimo, de modo que el comisario ha de cumplir su misión por sí mismo, aunque no existe obstáculo para que pueda valerse de terceras personas cuando precise de expertos para realizar tareas técnicas¹¹.

Por otro lado, se trata de un cargo voluntario, puesto que debe ser aceptado libremente por el sujeto interesado para desarrollar sus funciones. Una vez aceptado, el cargo deviene irrevocable, y

¹¹ Vid. en la doctrina ESPEJO RUIZ, 2013, p. 90.

solamente podrá eximirse cumpliendo el encargo o acudiendo al juez para que le releve del cargo, si existe justa causa para ello¹².

La doctrina admite la posibilidad de una partición convencional aun cuando el testador haya nombrado un contador –partidor siempre que se dé el consentimiento de todos los coherederos, circunstancia que no se produce en el caso de la Sentencia comentada (como dice el TS «la demanda reconventional estuvo precedida de actos inequívocos en orden a la frontal oposición al cuaderno particional realizado»).

Se refrenda esta tesis en la STS 20 octubre 1992 (RJ 1992, 8090), donde los argumentos para admitir la partición convencional son los siguientes: «a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición, que necesite de una protección especial), el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor. b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de esta Sala, (...) es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente). c) Este es el criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia»¹³.

7. NULIDAD DE LA PARTICIÓN. PARTICIÓN CONVENCIONAL. HIJO INCAPACITADO NO REPRESENTADO POR EL TUTOR. NECESARIA INTERVENCIÓN JUDICIAL. STS (SALA 1.^a) 18 DE OCTUBRE DE 2012 (RJ 2012, 9722)

a) *Antecedentes fácticos*

En el caso de la sentencia comentada, el padre falleció el 19 de julio de 1990 y la madre el 4 de enero de 2000. En sus respectivos

¹² ESPEJO RUIZ, 2013, p. 92.

¹³ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2013, p. 1723.

testamentos, legaron una finca a su hijo don Victoriano, que había sido declarado incapacitado judicialmente; cada uno la mitad puesto que la misma tenía carácter de bien ganancial. La madre ordenó otro legado a su hijo tutor del anterior, don Justiniano, bajo la condición de que asistiera y cuidara a su hermano incapacitado. Los otros cinco hermanos fueron instituidos herederos por partes iguales.

Tras el fallecimiento de la madre, se creó una comunidad de bienes constituida por los que habían recibido en vida de los padres como donación y por los que formaban el caudal relicto de las herencias, ya que anteriormente la madre era usufructuaria del patrimonio hereditario de su esposo.

En fecha 31 de mayo de 2000 los cinco hermanos herederos (cuatro son los demandantes en la instancia y recurrentes en casación), con exclusión de D. Victoriano, el incapacitado, don Justiniano, D. Maximiliano, doña Julieta, doña Miriam y doña Serafina (esta última, demandada en la instancia y parte recurrida en casación) procedieron a formar cinco lotes que incluían las fincas que habían recibido anteriormente por donación y los bienes relictos de las herencias de los padres, excluyendo los legados.

En fecha 15 de diciembre de 2000 los mismos otorgaron un protocolo de intenciones, que especificaba y completaba el acuerdo anterior.

El 15 de enero de 2001 se efectuó ante notario el sorteo de los lotes para extinguir la comunidad de bienes existente entre los coherederos.

El hermano incapacitado, D. Victoriano, no intervino por medio de defensor judicial, en las operaciones divisorias del patrimonio común.

Tras todo ello, se pretendió otorgar escritura de aceptación y partición de la herencia y adjudicación de los bienes a los cinco hermanos herederos, en ejecución de todos los acuerdos formulados por ellos y plasmados por escrito. No obstante, doña Serafina se negó a ello.

En consecuencia, los otros cuatro hermanos –don Justiniano, don Maximiliano, doña Julieta y doña Miriam– formularon demanda frente a su hermana, doña Serafina, con el objeto de que se declarase la validez de los negocios jurídicos sobre la partición de las herencias de los padres y se la condenara a otorgar la escritura pública para que la partición pudiera tener acceso al Registro de la Propiedad. El JPI desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, el mismo fue desestimado por la AP. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Justiniano, Don Maximiliano,

Doña Julieta y Doña Miriam, contra la sentencia dictada por la AP, que se confirma.

b) *Doctrina*

F. J 2.º: «Todos los motivos del recurso giran alrededor de la afirmación de que los cinco hijos, sin contar con su hermano, incapacitado, dividieron el dominio de los bienes que eran suyos, lo que es cierto.

Pero lo que también es cierto es que tales bienes procedían del patrimonio del padre y de la madre, por donación, por legado y por herencia; por lo cual era partícipe, mal que les pese, el hermano incapacitado. Y en esta división –verdadera partición convencional– no lo representó el tutor, que era su hermano mayor y, al haber oposición de intereses, era precisa la intervención del defensor judicial. Al no hacerse así, la partición no es válida y fue desestimada la demanda. No puede obviarse que el legitimario puede ser instituido heredero (caso de los cinco hermanos) o no, por más que el Código civil emplea con harta frecuencia el término de “herederos forzosos”; al legitimario se le puede atribuir la legítima por cualquier título, dice el artículo 815 del Código Civil, por lo que, además de herencia, la puede percibir como donación o como legado, que puede ser el caso presente. En todo caso, conforme al artículo 818, es preciso fijarla sumando el *relictum* con el *donatum*».

c) *Comentario*

En esta Sentencia, además de la cuestión principal a la que se ha referido la doctrina jurisprudencial antes citada, se plantean otras cuestiones, como si cabe hacer la partición conjunta de padre y madre, a la muerte de ambos, o si es preciso liquidar previamente la sociedad de gananciales.

Al respecto, se pronuncia a favor de la primera solución con fundamento en anteriores pronunciamientos jurisprudenciales: «sentencias de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3978) y 19 de enero de 2012 (RJ 2012, 307), en el sentido de que es válida y no contravienen norma alguna, el que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos. Así, la segunda de las citadas sentencias dice: «Ya se ha dicho que sí cabe y que es frecuente en la realidad social, evitando así que tenga que practicarse la de uno y, después, la del otro o bien, lo que puede ser peor, practicar la del primero que fallece con todos los inconvenientes (que pueden ser

graves) para el supérstite (pago de impuestos, atribución de la legítima, etc.). Procesalmente, nada se opone a la acumulación de acciones, como ha sido dicho al resolver y rechazar el motivo segundo del recurso por infracción procesal. Materialmente, solo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima o vulneración del principio de equidad en la correcta formación de lotes o, incluso, adjudicación indiferenciada de bienes sin concretar los tercios de libre disposición y mejora, como es el caso que contempla la sentencia de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 300)».

En segundo lugar, se refiere la Sentencia comentada a la cuestión de la omisión de algún bien en el inventario y partición. Siguiendo la doctrina jurisprudencial que desarrolla el principio de *favor partitionis*, la omisión de un bien, salvo que sea de gran importancia, no anula la partición, sino que da lugar a una partición adicional.

La cuestión fundamental en esta Sentencia versa sobre los efectos que deba tener en la partición la no participación en la misma del tutor o, habiendo conflicto de intereses, del defensor judicial cuando un menor o incapacitado es legitimario. A lo que se responde que la sanción debe ser la nulidad.

La doctrina señala entre las causas de nulidad de la partición, la realizada sin la intervención de defensor judicial en los supuestos de oposición de intereses del menor o incapacitado con sus padres o tutores¹⁴.

Según la nueva redacción del artículo 1060 del Código Civil (modificado por disposición final 1.91 de la Ley 15/2015, de 2 de julio): «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

Por lo tanto, en cuanto a los requisitos, para que el defensor judicial intervenga en la partición, es necesario que exista un conflicto de intereses entre los representantes legales (padres o tutores) y el menor o incapaz. De acuerdo con la doctrina de la DGRN este conflicto de intereses no existe, y, por lo tanto, no se precisa el nombramiento de defensor judicial cuando la partición consiste en transformar la comunidad hereditaria en una comunidad ordinaria

¹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 345.

sobre todos los bienes de la herencia, proporcional a las respectivas cuotas hereditarias (cfr. Resolución DGRN 2 de agosto de 2012 (RJ 2012, 10387), también Resolución DGRN 23 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7938), según esta última, no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición si los bienes se adjudican pro indiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia). No obstante, sí puede darse ese conflicto de intereses, si la partición, pese a realizarse mediante la atribución de cuotas indivisas, fuese parcial [*vid.* Resolución DGRN de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 3238)].

En segundo lugar, en el caso de darse ese conflicto de intereses y habiéndose nombrado un defensor judicial, será necesaria aprobación judicial de la partición, salvo que en el decreto de nombramiento se hubiese declarado la dispensa de la misma (*vid.* Resolución DGRN de 19 de abril de 2017 (RJ 2017, 1880)).

En cuanto a los efectos, la sentencia objeto de comentario defiende que la sanción debe ser la nulidad. Sin embargo, en la STS 8 de junio de 2011 (RJ 2011, 4400), que resuelve un caso de conflicto de intereses en una partición, aunque realizada por un contador partidario testamentario (no convencional como la Sentencia comentada), apreciando la existencia del conflicto y exigiendo el nombramiento de defensor judicial, se entiende que la omisión de la intervención del defensor judicial determina la anulabilidad del negocio particional. En opinión del TS: «(...) se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos, y en segundo lugar, porque faltó el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 1057, párrafo tercero, en cuanto a la formación de inventario por el contador partidario con citación de quien hubiera de ostentar la representación de los menores que, en este caso, siendo patente la posible oposición de intereses con la madre –pues incluso se liquidó allí la sociedad de gananciales que existía entre ésta y el causante– comportaba la necesidad de intervención de un defensor judicial; omisión que efectivamente puede generar anulabilidad, en cuanto pudiera ser subsanada por la conformidad posterior de los herederos y de dicho representante, pero no lo fue en el caso, sin que pueda negarse con carácter general la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad al coheredero que, como interesado en

la partición, quedaría en otro caso, ante tal omisión, pendiente de una impugnación posterior por no haber sido salvaguardados los intereses de dichos menores»¹⁵.

8. PAGO QUE TRAE CAUSA DEL COMPLEMENTO O RECTIFICACIÓN DE LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA DE SUS PADRES. STS (SALA 1.ª) 18 DE DICIEMBRE DE 2012 (RJ 2012, 11093)

a) *Antecedentes fácticos*

El presente caso plantea la existencia de un error de hecho y de derecho en la transferencia bancaria que D. Guillermo (recurrente en casación), realizó a favor de su hermana por importe de 312.526 euros, el día 5 de enero de 2006.

D. Guillermo interpone demanda en cuyo fundamento fáctico se sostiene que solo se pretendía transferir la cantidad de cinco millones de pesetas, en concepto de mera liberalidad; por lo que no existía, fuera de esta causa, deuda que justificara dicha transferencia, produciéndose un cobro de lo indebido y, en todo caso, una donación frustrada por falta de formalización y aceptación de la donataria. Dicha demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Interpuesto recurso de apelación, el mismo es desestimado por la Audiencia Provincial, que confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Guillermo y D.ª Concepción contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

¹⁵ A favor de esta interpretación se muestra DOMÍNGUEZ LUELMO, *CCJC*, 2012, pp. 17-18: «Creo que la STS de 8 de junio de 2011, objeto de comentario, merece un juicio parcialmente favorable, solo en cuanto estima que la omisión de la citación para el inventario únicamente da lugar a la nulidad relativa o anulabilidad de las operaciones particionales». Ello porque «considerar nula de pleno derecho la partición realizada sin la previa citación para el inventario resulta excesivo, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de que exista conformidad de los interesados con las operaciones practicadas. El recurso a la sanción de nulidad de los actos realizados en contra de ley cuando, como es el caso, el artículo 1.057 CC no establece un efecto distinto para el caso de contravención, debe ser interpretado con cierta flexibilidad. Doctrinal y jurisprudencialmente se entiende que no toda disconformidad con una ley cualquiera ha de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, sino que ha de tenerse en cuenta la índole y finalidad del precepto legal contrariado [SSTS de 27 de febrero de 1964 (RJ 1964, 1152) y 28 de julio de 1986 (RJ 1986, 4621)]. En la redacción anterior del artículo 1.057 CC era indudable que la finalidad de su último apartado era única y exclusivamente la protección de los menores, ya que, de no existir éstos y ser todos los coherederos mayores de edad, no sería necesario el requisito de la previa citación para el inventario».

b) *Doctrina*

F. J. 2.º: «En efecto, en realidad la extensa formulación de los artículos infringidos y, en consecuencia, los ámbitos sustantivos que se dicen vulnerados, cobro de lo indebido y requisitos para la perfección de las donaciones de bienes muebles, al igual que ocurre con las infracciones denunciadas de los preceptos procesales, se realizan con la finalidad de obtener una revisión de la prueba ya realizada en el extremo esencial del presente caso: la inexistencia de error de hecho y de derecho del recurrente a la hora de realizar la transferencia objeto del litigio. Por contra, ambas Instancias, conforme a una valoración conjunta de la prueba, realizada según las reglas de la sana crítica y con pleno respeto al principio de contradicción, viene a confirmar la plena validez de la transferencia realizada de puño y letra del recurrente y en concepto de “pago que le corresponde”. Pago que trae causa del complemento o rectificación de la partición de la herencia de sus padres respecto de los excesos de adjudicación que indebidamente favorecieron al recurrente, tal y como se desprende de la reunión celebrada el día 4 de enero de 2006, y del dato objetivo de que una de las fincas que el actor se adjudicó resultó vendida por setenta millones de pesetas por encima de su valor de adjudicación. A ello se le suma que difícilmente una persona como el recurrente, habituado al tráfico comercial, y en ocasiones a prestar asesoramiento en el mercado inmobiliario, pueda cometer un error de hecho y de derecho de tamaño envergadura, no solo en la cantidad sino en el concepto; de igual forma que, en todo caso, no resulta creíble el error alegado al consignar la cifra de la transferencia, pues esta no concuerda para nada con los cinco millones (30.050 euros) con los que pretendía gratificar a su hermana.

Sin la base del error, y ante la plena validez de la transferencia realizada, carecen de justificación la alegación del cobro de lo indebido y el posible defecto de la donación realizada, pues representan supuestos diferentes a los aquí valorados, conforme a la práctica de la prueba realizada».

c) *Comentario*

Si hay algún error en la valoración de los bienes, en cuanto al régimen de ineficacia de la partición, conforme sostiene la doctrina, la misma no será anulable, sino que habrá que acudir a las normas sobre rescisión por lesión. Se adopta en la Sentencia comentada la terminología «excesos de adjudicación» propia del Derecho

fiscal, referida a la situación de disolución de patrimonios comunes, en donde uno de los copartícipes recibe bienes por un valor superior a lo que le corresponde según su cuota de participación¹⁶.

En el caso de la Sentencia comentada, el beneficiado por la incorrecta valoración de los bienes procede a la compensación a la coheredera en metálico. Está ejercitando, por tanto, la opción concedida en el artículo 1077 CC. La finalidad del precepto citado es la de evitar las dificultades que se pueden generar con una nueva partición en aquellos casos en los que se da a los bienes de la herencia un valor notablemente inferior. En estos supuestos se faculta al heredero a optar entre una nueva partición o indemnizar el daño que genera la lesión¹⁷. Normalmente será el coheredero que se ha visto beneficiado con la lesión quien compensará a los demás.

Este precepto encuentra su fundamento en el principio *favor partitionis*. En opinión de la doctrina, el artículo 1077 no impide que la rectificación de la lesión pueda realizarse si tener que acudir a los tribunales¹⁸. En consecuencia, cualquiera de los herederos puede corregir la lesión y con ello, evitar la rescisión de la partición.

Sobre el momento en que se puede ejercitar la opción contenida en el artículo 1077 CC se pronuncia la STS 17 mayo 2004 (RJ 2004, 3068), según la cual «(e)l demandado tiene la opción del artículo 1077 por imperativo legal, no depende para su ejercicio de que la sentencia se la reconozca, y el mismo lo podrá efectuar en la fase procesal que le interese, pues el precepto no indica nada al respecto. Por tanto, no hay inconveniente que lo haga en ejecución de sentencia, para evitar una nueva partición».

¹⁶ Estos excesos de adjudicación constituyen hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales (a parte del impuesto de sucesiones), puesto que la Administración tributaria entiende que, además de heredar, los herederos se compran o venden entre sí o se produce una renuncia gratuita a derechos hereditarios; excepto en el caso de compensaciones económicas en el supuesto de que el bien no admita cómoda división, *vid.* STS 28 junio 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (RJ 1999, 6133). En opinión del TS en la sentencia citada, «la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Lo que ocurre es que, en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho por su división –supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de la división de un edificio, sino de un piso, art. 401 del Código Civil)– la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero – arts. 404 y 1062, párrafo 1.º, en relación éste con el art. 406, todos del Código Civil–. Esta obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un “exceso de adjudicación”, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común».

¹⁷ COSTAS RODAL, 2005, p. 143.

¹⁸ DEL POZO CARRASCOSA, 2012, pp. 169 ss.

Si no se llega a un acuerdo de modo previo o en el mismo momento del proceso, el remedio restante es el de proceder a la rescisión de la partición.

De acuerdo con el artículo 1077 CC, si se opta por la indemnización, ésta puede hacerse en dinero, o «en la misma cosa en que resultó el perjuicio», es decir, la reparación se efectúa redistribuyendo el objeto de modo que se ponga fin al perjuicio.

En cuanto al *quatum* de la corrección, no debe limitarse a eliminar la lesión, sino que debe poner fin a la totalidad de la lesión.

Al momento de valoración de los bienes para el cálculo de la indemnización se refiere el Considerando 3.º de la STS 21 marzo 1985 (RJ 1985, 1192): «Que en atención al principio del *favor partitionis* o de conservación, manifestado también en la subsidiariedad que a la acción específica atribuye la doctrina, el párrafo primero del artículo mil setenta y siete otorga al heredero demandado el derecho de optar entre la indemnización del daño o consentir que se proceda a nueva partición, pudiendo efectuarse aquélla en numerario o en cosas de la misma naturaleza, especie o calidad en que se ocasionó el perjuicio, de suerte que si elige este término para remediar el acto lesivo, el valor de los bienes a tener en cuenta será el que le corresponda al tiempo en que sean puestos a disposición del agraviado y no el que tuvieron cuando se practicó la partición (...)».

Por lo tanto, se rechaza en el caso enjuiciado que estemos ante un cobro de lo indebido. Conforme a la STS 30 de julio de 2010 (RJ 2010, 6948): «Los requisitos para que pueda prosperar la acción de repetición de lo indebido son los siguientes: 1.º, pago efectivo, hecho con la intención de extinguir la deuda (*animus solvendi*); 2.º, inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente; 3.º, error por parte del que hizo el pago, sin distinguir entre el de derecho y el de hecho». En este caso, existe una obligación legal de indemnizar, conforme al artículo 1077 CC, por lo que el pago realizado por el recurrente en casación tuvo una causa¹⁹.

¹⁹ Sí que se aprecia la existencia de enriquecimiento injusto en la STS 5 febrero 2018 (RJ 2018, 397) donde las partes litigantes habían celebrado conjuntamente un contrato de compraventa con el objeto de transmitir a tercero la propiedad de un inmueble. En el mismo se estipula que a cada una de las partes vendedoras corresponde un 50 % de la propiedad, percibiendo, en consecuencia, en dicha proporción la cantidad entregada en concepto de precio. No obstante, existía un documento privado (resultante de unas operaciones particionales) en el que los porcentajes de participación son diferentes (60 %-40 %), por lo que los titulares del 60 % demandan a los demás por entender que existe un enriquecimiento injusto al haber obtenido un importe mayor de lo que les correspondía. Se estima la existencia de un enriquecimiento injusto, «porque, pese a que respecto de terceros pareciera –incluso registralmente– que la propiedad correspondía al 50 %, existía un claro

9. RESCISIÓN POR LESIÓN. STS (SALA 1.ª) 14 DE MAYO DE 2014 (RJ 2014, 2731)

a) *Antecedentes fácticos*

D.^a Amalia había otorgado testamento en fecha 10 de agosto de 1995, en el que nombraba herederos a sus dos hijos (demandados en primera instancia) y legatario a su esposo (demandante) de la cuota usufructuaria que le señala la ley como cónyuge viudo. Nombró además albacea contador-partidor, quien redactó el cuaderno particional que se protocolizó ante notario por los herederos y él mismo, en fecha 1 de abril de 2004.

D. Felicísimo, viudo, entendió que se le había perjudicado en más de la cuarta parte y formuló demanda interesando la declaración de nulidad o subsidiariamente la rescisión de la partición de la herencia que ha sido mencionada, basándose en la infravaloración de los bienes de la misma. Las sentencias de instancia (tanto del Juzgado de Primera Instancia, como de la Audiencia Provincial) estimaron la demanda declarando la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo y confirma la sentencia de instancia.

b) *Doctrina*

F. J. 2.º: «Antes de analizar los motivos de ambos recursos es preciso ver los conceptos básicos de la rescisión que es la base de la acción ejercitada, con apoyo en el artículo 1074 del Código civil. Tal como expresa la reciente sentencia de 19 febrero 2014

En cuanto a la rescisión por lesión en más de la cuarta parte que contempla el artículo 1074 del Código civil, es el único resto de la acción *ultra dimidium* del Derecho Romano (aparte de los casos de excepción respecto a tutores y ausentes, artículo 1291,1.º y 2.º del Código civil y de la remisión del artículo 1410) que, partiendo de una válida partición, se ha producido una lesión en más de la cuarta parte, conforme al artículo 1074 del Código civil en uno de los coherederos, siempre que se pruebe la valoración defectuosa de los bienes hereditarios, que provoque una desigualdad en contra de la voluntad del causante (sentencia de 6 de abril de 2009), referida al

reconocimiento por los hoy demandados en el sentido de que no era así entre los copartícipes; reconocimiento que tiene pleno valor jurídico mientras no sea impugnado por cualquiera de las causas que invalidan los negocios jurídicos. En definitiva, la acción por enriquecimiento injusto era la adecuada en el caso presente para formular la pretensión de que se trata y el motivo ha de ser rechazado».

tiempo de la adjudicación (sentencia de 17 de septiembre de 2009) que provoque una absoluta desigualdad entre los diferentes herederos (sentencias de 21 de octubre de 2005 y 19 de julio de 2011).

El alma de la partición es la igualdad y si se ha producido una valoración errónea de los bienes hereditarios, es preciso corregirla atribuyendo a cada partícipe la parte que le corresponde, lo que se consigue mediante la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium* que provoca la ineficacia de la partición o bien la compensación por parte de los coherederos demandados.

En la acción ejercitada no se plantea la opción entre la nueva partición o indemnizar por la diferencia, que contempla el artículo 1077 del Código civil y tampoco cabría ya que esta Sala tiene dicho que sería preciso que la sentencia hubiera declarado el importe exacto de la lesión, lo cual no ha hecho la sentencia de instancia. Esta, de la Audiencia Provincial, Sección 8.^a, de Madrid, 28 de septiembre de 2011, objeto de los recursos interpuestos, declara expresamente probado que «la lesión excede de lo tolerable, la partición es rescindible» y respecto a la prueba practicada, en relación a la lesión dice literalmente:

En consecuencia, y a modo de resumen, como reiteradamente viene poniendo de manifiesto esta Audiencia Provincial, esa valoración conjunta de la prueba practicada es plenamente lógica y ajustada a derecho, por razón del principio de inmediación y función propia del Juzgador de instancia, debiéndose mantener en esta alzada, de acuerdo con la reiterada doctrina y jurisprudencia (SSTS de 20 de diciembre de 1991, 20 de junio y 21 de julio de 1995, 24 de julio, 4 y 13 de abril de 2001, 27 de mayo de 2007, 15 de abril de 2008 y 25 de febrero de 2011, entre otras) que, sin solución de continuidad, ha dispuesto en lo esencial de los mismos medios probatorios, por la aportación de la documental referida, grabación y visionado del juicio; a esa valoración se le debe otorgar mejor consideración que la interpretación parcial y subjetiva que realiza la parte apelante, dentro de esa prueba documental y pericial referida y declaraciones de las partes, a la que anuda el efecto del artículo 1074 CC citado, en orden a la declaración de rescisión de la partición efectuada».

c) *Comentario*

En esta Sentencia el TS confirma las sentencias de instancia donde se había apreciado la concurrencia de los presupuestos para la rescisión por lesión con cita de la doctrina contenida en la STS 19 febrero 2014 (RJ 2014, 2505).

En el ámbito de aplicación del artículo 1074 CC se incluyen aquellas situaciones en las que un coheredero sufre un perjuicio económico que se deriva de la partición. El fundamento último de la norma citada reside en la preocupación del legislador por que se mantenga la igualdad de los lotes correspondientes a cuotas iguales o la proporcionalidad ente la cuota y el valor del lote.

La lesión se produce cuando existe una desproporción entre la cuota hereditaria del heredero perjudicado y el valor del lote de los bienes que se le adjudican para completar dicha cuota. No obstante, para que la partición sea rescindible es necesario que la lesión sea en más de una cuarta parte. Ello por el principio de conservación de la partición (*favor partitionis*). Dicha cuarta parte se calcula respecto a la cuota que correspondería al interesado. En este sentido, para calcular la cuantía de la lesión se ha de tomar en consideración la diferencia que existe entre el valor de los bienes adjudicados y el valor de la cuota correspondiente al heredero perjudicado.

Para realizar estas operaciones de valoración se ha de estar al valor de los bienes en el momento de la adjudicación y no en el de la muerte del causante. Debe producirse una valoración errónea de los bienes que es la que produce la lesión. Circunstancia que no se produce, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 22 de junio de 2015 (RJ 2015, 2540), en el que la partición fue efectuada por contador-partidor designado por la testadora. En el propio cuaderno particional, se hace constar que existe un litigio posesorio sobre una franja de una finca adjudicada a uno de los coherederos.

Es susceptible de rescindirse por rescisión cualquier partición, aunque el artículo 1075 CC restringe a determinados supuestos la posibilidad de exigir la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador. La citada STS de 19 de febrero de 2014 admite la posibilidad de rescindir por lesión la partición contractual, sin que a ello obste la prohibición de ir contra los propios actos.

Tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción el heredero que sufre la lesión, ya sea testamentario o abintestato, heredero forzoso o heredero voluntario. La legitimación pasiva, los coherederos que salen favorecidos con la lesión. No debe demandarse al contador-partidor.

En cuanto al plazo de ejercicio, es de cuatro años conforme al artículo 1076 CC, plazo de caducidad.

No procede la rescisión por lesión, según preceptúa al artículo 1079 CC cuando la lesión se derive de no haber incluido en la partición algunos bienes o valores de la herencia. En este caso habrá de realizarse una partición adicional con los bienes o valores omitidos.

Son muchas las sentencias que insisten en que la prueba de la lesión incumbe al que pretenda la rescisión: STS 8 de julio de 1992 (RJ 1992, 6267), SAP (Sección 5.^a) Cádiz, 28 de mayo de 2008 (JUR 2008, 233585), SAP (Sección 10.^a) Valencia 6 de febrero de 2008 (JUR 2008, 146265) y más recientemente SAP Madrid (Sección 8.^a) 28 de marzo de 2016 (AC 2016, 1898).

También se pronuncia la Sentencia objeto de comentario sobre la cuestión de la apreciación de la realidad de la lesión y que ésta sea superior a la cuarta parte, que, al ser una cuestión de hecho, corresponde a los tribunales de instancia. Por lo tanto, esta circunstancia no resulta revisable en casación.

Respecto a los efectos de la rescisión, el efecto característico es el de volver a la situación de indivisión propio de la comunidad hereditaria, siempre que el heredero demandado no hubiera ejercitado la facultad de indemnizar que le concede el artículo 1077 CC, a la que nos hemos referido anteriormente. En consecuencia, debe procederse a una nueva división de la herencia teniendo en cuenta el correcto valor de los bienes hereditarios, conforme al momento en que se realiza la partición.

En el caso de que existan bienes inmuebles en posesión de un tercero de buena fe, «se excluyen tales efectos rescisorios a cargo de dicho tercero, pero el causante de la lesión o fraude está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados» (*vid.* STS 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8412)).

10. LA COLACIÓN EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR ANTES DE LAS ADJUDICACIONES OBJETO DEL CUADERNO PARTICIONAL, UN FONDO POR IMPORTE DE LOS BIENES COLACIONABLES. STS (SALA 1.^a) 13 DE MARZO DE 2014 (RJ 2014, 1493)

a) *Antecedentes fácticos*

D. Mateo Blas falleció en fecha 21 de enero de 2007, habiendo otorgado testamento el 11 de octubre de 2006, en cuya cláusula 2.^a párrafo 16.º indicaba lo siguiente: «*Quiero que se colacionen como bienes hereditarios el 5 por ciento de la empresa Lamaro, de la que mi hijo German Vidal gozó y el departamento de la calle (...) que le doné*». Asimismo, en el citado testamento nombró usufructuaria a su esposa doña Sabina Felicidad y herederos a sus hijos doña Paloma G., doña Francisca Z., don Rodrigo D. y don German V.

Del cuaderno particional llevado a cabo por el contador-partidor y debidamente protocolizado, resulta que el después recurrente en casación quedaba obligado a la colación, ordenada por el testador, mediante la constitución de un fondo ante cualquier entidad bancaria o de ahorro por importe de 895.342,94 euros, cantidad en la que se valoró el total de los bienes colacionables, y en el que necesariamente deberían constar, como usufructuaria vitalicia, la madre y, como nudos propietarios, por iguales partes, los cuatro hermanos, incluido él mismo. Habiéndose constituido en mora, es demandado por uno de los coherederos, solicitando que se le condene al cumplimiento de su obligación. La demanda se desestima en primera instancia, pero la Audiencia provincial condena al demandado a «la inmediata constitución del fondo, a favor tanto de la usufructuaria como de los herederos, siendo de obligado cumplimiento aun cuando uno o varios de los beneficiarios renuncien a su derecho, siempre que al menos uno de los beneficiarios esté interesado en dicho cumplimiento, como ocurre en el supuesto que nos ocupa».

Interpuesto recurso de casación por el obligado a colacionar, se desestima.

b) *Doctrina*

F. J. 3.º en cuanto a la infracción del artículo 482 CC: «Carece de sentido pretender negar a uno de los herederos legitimación para instar el cumplimiento de lo establecido en el cuaderno particional firme, que obliga a todos ellos. Siendo contenido propio del cuaderno particional las operaciones sobre colación de bienes, es claro que en el presente caso se estableció una obligación a cargo del demandado derivada de dicha colación, según la cual quedaba sujeto a la constitución del depósito de que se trata. Por tanto cualquiera de los herederos, en definitiva beneficiario de dicho depósito en cuanto nudo propietario de parte del mismo, ha de estar legitimado para instar el cumplimiento de dicha obligación y ello aunque solo fuera, situándonos en la tesis del recurrente, para que en definitiva la obligación pasara de dicho heredero demandado a la madre usufructuaria».

F. J. 6.º respecto a la infracción del artículo 1057 CC: «(L)a colación, por su propia naturaleza, supone traer a la masa hereditaria aquello que se percibió anticipadamente y que pertenece al caudal en cuanto ha de ser repartido entre todos los herederos, lo que determina que la obligación de cumplir las disposiciones testamentarias respecto de ella y lo señalado en tal sentido por el cuaderno

particional –no recurrido por el obligado a colacionar– resulta exigible desde el momento del fallecimiento del causante y en forma alguna puede quedar tal exigibilidad pendiente de las dudas que pudieran surgir en cuanto a la aplicación de otras disposiciones testamentarias».

c) *Comentario*

Sucede en este caso que el testador impone determinadas normas sobre cómo debe realizarse la colación, lo que es perfectamente lícito, como analizaremos a continuación.

En la jurisprudencia reciente, acerca del alcance que deba darse al concepto de colación merece destacarse la doctrina contenida en la STS 19 febrero 2014 (RJ 2015, 1400): «3. Colación particional y donaciones colacionables: Delimitación de conceptos (artículos 1035 y 818 del Código Civil).

La delimitación señalada tiene por objeto la diferenciación doctrinal de los supuestos de la dinámica sucesoria en los que interviene la noción de colación hereditaria, si bien con distinto alcance o precisión.

En este sentido, la colación que contempla el artículo 818 del Código Civil, en su párrafo segundo: “Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables”, fiel a su antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del “valor que tenían todas las donaciones del mismo testador” viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 del Código Civil no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código Civil.

Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código Civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar».

El artículo 1036 CC permite al donante eliminar la obligación de colacionar, pero debe hacerse de forma expresa, salvo en el caso

de reducción por inoficiosidad, cfr. STS 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 5119). También, conforme a la STS 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3084): «Si la donación fuese inoficiosa, no por ello pierde eficacia la dispensa de colación. El artículo 1036 lo que ordena, en consonancia con el carácter imperativo de las normas sobre las legítimas, es que se reduzca la donación, no que toda ella sea colacionable. Salvaguardada la legítima de otros herederos forzosos, y si quedare algún resto, sobre él ha de recaer la dispensa de colación porque nada hay ya que proteger imperativamente. Por tanto, si hubiese inoficiosidad y dispensa de colación, el donatario ha de ver reducida la donación solamente en la medida necesaria para el pago de las legítimas lesionadas.

El que el donante haya declarado no inoficiosa a la que hace con dispensa de colación no impide en absoluto la aplicación de las normas protectoras de la legítima por su carácter imperativo, entre ellas las de reducción de donaciones (art. 636 CC)».

En el caso de la Sentencia comentada el deber de colacionar viene impuesto por el propio testador, de modo que el recurrente en casación debía constituir un fondo ante una entidad bancaria o de ahorro por un determinado importe según la valoración realizada de los bienes colacionables, siendo beneficiarios en cuanto usufructuaria vitalicia, la madre y, como nudos propietarios, por iguales partes, los cuatro hermanos, incluido él mismo. Se trataría de un supuesto de colación voluntaria o impropia, conforme a la doctrina contenida en la STS 10 diciembre 2009 (RJ 2010, 279): «a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre imputación legítima, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias, participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el Código civil o cualquier norma sobre institución de heredero que el testador crea conveniente en relación a los intereses buscados. Todo ello sin perjuicio de las legítimas que correspondan»²⁰.

Respecto de la forma de llevar a cabo la colación, el artículo 1047 CC establece que el «donatario tomará de menos en la masa hereditaria

²⁰ En la doctrina *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, 1979, p. 415: «En la colación dispuesta por el causante, deben de colacionar y tener derecho a exigir la colación las personas que él haya establecido, y en las hipótesis y circunstancias para las que haya ordenado la colación». ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 378: «Colación voluntaria, entiende la doctrina, es la establecida por decisión del causante en un supuesto no expresamente previsto por la ley, o dotándola de unos efectos distintos de los legales».

tanto como ya hubiese recibido». En la colación legal, el legislador únicamente se plantea la hipótesis de que la liberalidad realizada a favor del donatario sea cuantitativamente inferior al valor de su cuota en la herencia, de ahí que establezca que haya de tomar de menos. Sin embargo, no establece el precepto citado que se haya de compensar por el exceso en la situación inversa, salvo que la donación fuese inoficiosa, en cuyo caso se ejercitará la acción de reducción (art. 645 CC).

Sobre esta base, algún sector de la doctrina defiende que no cabe en la colación legal la adjudicación compensatoria en aquellos casos en los que el donatario ha recibido por donación más de lo que le correspondía heredar²¹. No obstante, el TS, en la Sentencia de 17 de marzo de 1989 «establece la devolución a la masa del exceso (no inoficioso) sobre la cuota del colacionante»²². En la doctrina Vallet se había mostrado favorable a esta posibilidad.

Por su parte, siguiendo a la doctrina italiana, opina Espejo Lerdo de Tejada que «parece más aceptable la tesis que considera admisible imponer la colación posteriormente a la donación siempre que se haga en testamento, basándose en que el testador puede gravar con las cargas que desee a sus sucesores, incluso ordenar legados de cosa propia del heredero, y por tanto, puede establecer también la colación»²³. Esta es la situación de la Sentencia comentada, donde el testador impone en el testamento la obligación de colacionar al heredero donatario. Esta obligación fue concretada en el cuaderno particional llevado a cabo por el contador-partidor mediante la constitución de un fondo ante cualquier entidad bancaria o de ahorro por importe de 895.342,94 euros, estableciendo como beneficiarios a la madre (usufructuaria vitalicia), y a los cua-

²¹ «A este problema respondía Lacruz diciendo que «de la estructura y el conjunto de la regulación del instituto se desprende que el donatario nada tomará del *relictum*, pero nada habrá de pagar a los coherederos (...)», citado en ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 403. *Vid.* asimismo DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016, pp. 3175-3176: «Algunos autores consideran que el donatario debe restituir el valor del exceso por entender que se deben proteger las cuotas hereditarias del resto de coherederos. Se dice así que si todos los coherederos tienen derecho a percibir su participación en la cuenta de la partición, es preciso que el donatario colacione materialmente el exceso o entregue la diferencia en metálico al resto de coherederos (con muy diversos matices, se apunta esta solución, aunque de manera confusa en las SSTs 17 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2161] y 2 de julio de 2007 [RJ 2007, 3789]). A mi juicio, en cambio, el precepto no contempla la compensación del exceso porque en este caso el coheredero no recibirá nada en el momento de la partición, sin que tenga que abonar el valor del exceso, siempre y cuando la donación no sea inoficiosa, en cuyo caso lo que procede es la acción de reducción (art. 654 CC) y no la colación (STS 18 de octubre de 2007 [RJ 2007, 8625]). Interpretar lo contrario podría llevar a hacer más ventajosa la situación del resto de los coherederos que en los casos de inoficiosidad. Por otro lado, el donatario siempre tendría la posibilidad de repudiar la herencia, eludiendo la necesidad de compensar ningún exceso».

²² ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 404.

²³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 409.

tro hermanos, incluido al obligado a colacionar (nudos propietarios). Dicha obligación, resultaba, por lo tanto, exigible desde el momento del fallecimiento del causante, según sostiene el Tribunal Supremo en la sentencia comentada.

11. REDUCCIÓN INCORRECTA DE LEGADOS EN LA PARTICIÓN. NULIDAD DE LA REDUCCIÓN Y NO DE LA PARTICIÓN. STS (SALA 1.^a) 4 DE MAYO DE 2016 (RJ 2016, 3857)

a) *Antecedentes fácticos*

D.^a Reyes P., fallecida el 23 de octubre de 2006, soltera y sin descendencia, había otorgado testamento en fecha 10 de agosto de 2005 en el que instituyó heredera a su madre D.^a Fátima V., designó albacea-contador partidor a D. Hipólito L. y nombró legatarios a su madre (prelegado); a su hermano (parte demandada y recurrente en casación) D. Jenaro V., a su otro hermano (también parte demandada y recurrente en casación) D. Ernesto N.; a su sobrina y ahijada (demandante en la instancia y parte recurrente en casación) D.^a Delia Z. y otros muchos legados (quienes no han sido parte en el procedimiento).

La partición de la herencia se protocolizó ante notario el 15 de marzo de 2007 con la participación del albacea, de la heredera Fátima V. y de los legatarios Jenaro V. y Ernesto N.

La legataria, D.^a Delia Z. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad de determinadas reducciones, así como la corrección del valor atribuido a ciertos bienes y que se declare que es propietaria, como consecuencia de ello, de una serie de cuotas de concretos bienes. Además, también como consecuencia de la partición, se demanda que se condene a los demandados a la entrega de partes alícuotas de unos bienes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirma la Sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

b) *Doctrina*

F. J. 2.^o: «Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto de los comuneros (herederos, legatarios y, en su caso, legitimarios) se transforma en el derecho concreto sobre

los bienes que le han sido adjudicados, conforme a la doctrina especificativa de la partición. Así, sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1989, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de mayo de 2004, 16 de septiembre de 2010, 26 de enero de 2012, todo ello conforme al artículo 1068 del Código civil.

La partición la puede realizar el propio testador o encomendarla al contador partidor, tal como contempla el artículo 1057 del Código civil, el cual es considerado como un albacea particular cuya misión es llevar a cabo la partición, aplicando normas del albaceazgo, tanto más cuanto en el presente caso en el testamento se le nombró «albacea, comisario, contador-partidor».

La partición judicial, tal como prevé el artículo 1057 del Código civil es una forma subsidiaria y última de hacer la partición, cuando no la haya hecho el testador, ni haya nombrado un contador partidor ni haya acuerdo entre los miembros de la comunidad hereditaria, lo que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir del artículo 782. La partición, como final de la comunidad hereditaria goza del principio del *favor partitionis* o “principio de conservación de la partición” como dice la sentencia de 12 de diciembre de 2005 de la que es interesante transcribir un texto literal:

“... Error en la partición, tomando en cuenta el impacto del «principio de conservación de la partición» y la falta de referencia expresa a las consecuencias del error vicio o del error obstativo, salvo el tratamiento de algunos supuestos especiales, y estima que en el caso se ha producido error en las operaciones particionales, por inexacta representación de la medida o superficie de la finca.

Un error que no ha de llevarse al artículo 1079 CC, dando lugar a complemento o adición de la partición, sino al artículo 1074 CC, lo que se deduce de la letra del precepto, puesto que no es lo mismo la omisión de un valor que la valoración errónea de un bien, y también de la función que en el conjunto del sistema corresponde al artículo 1074 CC, que reserva a la rescisión la lesión en más de la cuarta parte”.

De ello se desprende la dificultad de impugnar la partición y las escasas causas que son admisibles. En primer lugar, no pueden evitarse los casos de nulidad del negocio jurídico (sentencia de 13 de marzo de 2003) como son: la falta de algún elemento esencial (falta de consentimiento o invalidez del testamento); la contravención de norma imperativa o prohibitiva (artículo 6.3 del Código civil), caso del menor o incapacitado sin intervención del defensor judicial con oposición de intereses (sentencia de 18 de octubre de 2012); concurrencia de vicio de consentimiento o defecto de capacidad.

Fuera de estos casos la discusión sobre el valor de otros elementos relativos a la valoración de bienes (aparte de los escasos supuestos del artículo 1079 del Código civil) solo cabe la rescisión cuando ésta es superior a la cuarta parte del valor del patrimonio hereditario. Aparte se halla el artículo 1073 de difícil aplicación, partiendo de la aplicación en su caso del artículo 1291. En la rescisión por lesión hay que atender al valor total de la masa hereditaria para calcular la lesión: en este sentido, sentencia de 8 de marzo de 2001. Así, se dará la lesión por supervaloración de un lote o infravaloración –siempre es más del cuarto– de otro lote, lo que ni siquiera se ha planteado en el presente caso.

2. En el presente caso la partición la realizó el contador partidador nombrado por la testadora, al amparo del artículo 1057 del Código civil y con escasa regulación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a aplicar normas del albaceazgo, que en este caso queda solventado porque la testadora lo nombró albacea y contador-partidador. Como tal, la jurisprudencia en ocasiones lo ha asimilado al mandato (sentencia de 19 de febrero de 1962) o al mandato *post mortem* (sentencias de 23 de noviembre de 1974 y 20 de noviembre de 1990). En definitiva, la jurisprudencia mantiene la similitud con el albacea (en el presente caso ya se ha dicho que no hay problema) y todas las teorías se fundamentan en la confianza que en los mismos tiene el testador».

F. J. 3.º, sobre la vulneración de los artículos 1074 y 1079 del Código civil alegando que no cabe la nulidad parcial de la partición y que debería, en su caso, haber interpuesto la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, conforme al artículo 1074 del Código civil o la acción de complemento del artículo 1079: «El motivo se desestima, porque el enfoque que hacen los recurrentes no es el de la acción ejercitada ni el que ha estimado la sentencia recurrida.

El suplico de la demanda y el fallo congruente de las sentencias de instancia no parten de la nulidad de la partición, total o parcial. Parten de la inoficiosidad de los legados por razón de la legítima que corresponde a los ascendientes; es decir, no se discute la legítima, que es intangible (art. 817 del código civil) sino que, partiendo de su cuantía indiscutida, se cuestiona la reducción de los legados por ser inoficiosos.

La sentencia recurrida acoge estas pretensiones y no declara la nulidad parcial o la rescisión por lesión de la partición, sino “la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983 % de los legados atribuidos a la actora...”. Por lo cual, el fallo, congruente con el suplico de la demanda, no entra en la nulidad de la partición, sino

en la nulidad de la reducción, con lo cual no aparece en modo alguno la infracción de los artículos que se mencionan como infringidos, ni de la doctrina jurisprudencial sobre la partición, sino que se ha aplicado correctamente la normativa sobre la inoficiosidad de los legados que da lugar a que mengüen éstos».

Sobre la infracción del principio del *favor partitionis*: «En el presente caso, no se discute tal principio, que ha sido reiterado por la jurisprudencia, pero no se aplica al presente caso en que no se ataca la partición, sino que la acción va dirigida a la inoficiosidad de los legados, que defiende la demandante y es acogida por las sentencias de instancia; por tanto, al no recoger el fallo de la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, la nulidad de la partición, sino la reducción de los legados, no tiene sentido este principio general en el caso concreto».

c) *Comentario*

Se aborda en este caso la cuestión acerca de cómo debe articularse la intangibilidad cuantitativa de la legítima, como un supuesto de ineficacia de la partición o mediante el ejercicio de la acción de complemento de la legítima. El TS resuelve la cuestión en el segundo sentido.

Conforme se viene sosteniendo en la jurisprudencia, las operaciones de fijación y reducción de legados tienen carácter particional y hasta que no se lleve a cabo la partición no se puede ejercitar la acción de complemento de legítima. Así, conforme a la STS 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2023) «no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil, que es la única acción que ha sido estimada por la sentencia recurrida (el pronunciamiento desestimatorio de todas las demás ejercitadas –entre ellas la de rescisión de la partición por lesión– no ha sido recurrido), supuesta la existencia de mejoras, sin antes conocer el montante del *quantum* o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales»²⁴.

²⁴ En la doctrina *vid.* KARRERA EGIALDE, *CCJC*, 2012 (BIB 2012\1099): «Antes de proceder a la entrega del legado, de cualquier clase que sea (de cosa propia o de parte alícuota) y sin distinción de régimen, debe verificarse la liquidación y partición de herencia, porque es la única forma de saber si se encuentra dentro de la cuota de la que puede disponer el testador por no perjudicar la legítima de los herederos forzosos».

En la misma línea que la Sentencia objeto de comentario se sitúa la STS 4 de enero de 2012 (RJ 2013, 4590). Como expresa el Tribunal, «(e)l presente caso plantea como cuestión principal, de índole sustantiva y doctrinal, la posible ineficacia de la partición practicada por el albacea contador-partidor, ya derivada de su nulidad, o bien de su rescindibilidad por lesión, en un contexto en el que la asignación o atribución del legitimario impugnante viene expresamente prevista en el testamento del causante como “legado en pago de su legítima estricta”».

Entiende el Tribunal, siguiendo las sentencias de instancia, que «la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y, con ella, la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a computación y valoración del haber hereditario debe realizarse, únicamente, por el marco general de la acción de suplemento de la legítima, artículo 815 del Código Civil, como base para el ejercicio de la acción de reclamación de disposiciones testamentarias que lesionen o “mengüen” la legítima y, en su caso, de la reducción por inoficiosidad de las donaciones, artículo 817 del Código Civil. Esta aplicación técnica, que deriva de nuestro sistema sucesorio, específica y diferenciada, no puede confundirse ni reconducirse al ámbito de la nulidad patrimonial (*sic*) o al de su rescindibilidad por lesión».

Siguiendo, asimismo esta doctrina jurisprudencial, se encuentra la SAP Madrid (Sección 25.^a) 4 de abril de 2014 (AC 2014, 688), que confirma la sentencia de instancia según la cual, estimando parcialmente la demandada interpuesta, declara la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983 % de los legados atribuidos a la actora en el testamento de D. Inés, habiendo lugar a la corrección en el cuaderno particional del patrimonio hereditario de la causante.

Doctrina: «Al respecto, conforme a la naturaleza jurídica de la partición llevada a cabo, entendemos que están ajustadas a Derecho las rectificaciones que acertadamente precisa la sentencia de la primera instancia, y a mayor abundamiento, hemos de tener en cuenta a los efectos de la única heredera legitimaria instituida en el testamento debatido, que es la madre, ya fallecida, de la causante; «la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y, con ella, la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a computación y valoración del haber hereditario debe realizarse, únicamente, por el marco general de la acción de suplemento de la legítima, artículo 815 del Código Civil, como base para el ejercicio de la acción de reclamación de disposiciones testamentarias que lesionen o «mengüen» la legítima y, en su caso, de la reducción por inoficiosidad de las donaciones, artículo 817 del Código Civil. “Esta aplicación técnica, que deriva de nuestro sistema sucesorio, específica y diferen-

ciada, no puede confundirse ni reconducirse al ámbito de la nulidad patrimonial o al de su rescindibilidad por lesión. Lo que ha ocurrido en este caso, por lo cual la sentencia recurrida debe ser confirmada, al estar ajustada a Derecho y ser conforme con la doctrina jurisprudencial especificada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.^a, de 4 de enero de 2013, n.º 785/2012 (RJ 2013, 4590), rec. 1261/2010, a cuyo criterio se añaden las numerosas citas doctrinales comentadas a lo largo de la sentencia recurrida y de la presente resolución jurisdiccional de esta Sala”».

Por su parte, la STS 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5891) se refiere a un supuesto de partición practicada por la propia testadora: «En definitiva, en el presente caso hubo una partición hecha por la testadora, que evita la existencia de la comunidad hereditaria, sin perjuicio de que deba hacerse de una parte, resto de sus bienes, prevista y no partida. Y habiéndose practicado la partición testamentaria no cabe dar lugar a la acción ejercitada, que se encamina a obtener el mandato de practicar la partición con todos sus presupuestos y fases e incluso una declaración de bienes que forman el inventario y, finalmente, “se proceda a la aceptación y partición de herencia”: lo primero no tiene sentido y lo segundo ya está hecha, como partición testamentaria. No se ha ejercitado la acción de complemento de legítima que prevé el artículo 815 del Código civil ni consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado la misma».

En opinión de Rubio Garrido, comentando la sentencia citada, «hubiese sido conveniente desde un punto de vista forense que el letrado del actor hubiese alegado la lesión cuantitativa de la legítima de su patrocinado; la hubiese demostrado y, por consiguiente, hubiese solicitado el suplemento *condigno*, en lo que es el ejercicio de la acción de complemento del artículo 815 CC. Pero, claro está, ello no conduciría a la nulidad de la partición y práctica de una nueva, que fue el *petitum* excesivo e inapropiado (y, además, único) interesado por el actor»²⁵.

12. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA PARTICIÓN. PARTICIÓN PRACTICADA SIGUIENDO LOS DICTADOS DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS. STS (SALA 1.^a) 25 DE ABRIL DE 2018 (RJ 2016, 3857)

a) *Antecedentes fácticos*

Se discute en este caso acerca de la nulidad instada por uno de los herederos de varias cláusulas del testamento, una de ellas en virtud

²⁵ RUBIO GARRIDO, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009 (BIB 2009\1686), p. 4.

de la cual la testadora nombraba albacea con facultades para liquidar la sociedad conyugal constituida por ella misma y su esposo premuerto. Se solicita, asimismo, la nulidad de la cláusula que contiene la denominada *cautela socini*, en virtud de la cual se «(s)anciona al heredero que no aceptase la precedente disposición, o que fuere promotor de la intervención judicial, o perturbador del normal cumplimiento de las disposiciones testamentarias, con la reducción de sus derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta, pasando, por igual, a los que acataren la voluntad del testador, la parte del disidente en los tercios de mejora y libre disposición». No obstante, esta cuestión queda finalmente fuera de debate en el recurso de casación por no plantearse como motivo de casación, aunque en aplicación de la última jurisprudencia del TS (en concreto de la STS de 21 de abril de 2015), la AP se había pronunciado sobre la validez de la misma, puesto que dado que lo que se cuestiona por el recurrente es la posible nulidad de las operaciones particionales llevadas a cabo por el albacea-contador-partidor, al no versar o combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador, dicha cautela no opera para las nulidades solicitadas por la demandante.

Subsidiariamente se reclama que se declare nula la partición realizada por D. Dimas al no haber procedido a liquidar y adjudicar previamente a la partición hereditaria la liquidación de la sociedad de gananciales.

El JPI dicta sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la AP dicta sentencia desestimatoria, confirmando en su integridad la sentencia del juzgado de primera instancia. Uno de los argumentos para desestimar la demanda reside en la doctrina de los actos propios, puesto que la demandante no había opuesto previamente objeción alguna a la partición practicada por las personas designadas para ello en el testamento, pretendiendo con posterioridad la nulidad de la partición. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida.

b) *Doctrina*

«La respuesta adecuada a la cuestión jurídica que se plantea requiere analizar, en primer lugar, la eficacia de la partición conjunta realizada por el contador-partidor nombrado por uno solo de los esposos que, además, le facultó para liquidar la sociedad de gananciales. A este respecto deben hacerse las siguientes consideraciones.

a) Cuando la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento de un cónyuge, la liquidación de la comunidad se presenta como un acto previo necesario para fijar el haber partible, integra-

do por los bienes privativos y los que correspondan al causante en virtud de la liquidación de la comunidad.

La consideración de la liquidación de la sociedad como un presupuesto de la partición de la herencia ha llevado a esta sala a declarar la nulidad de la partición en algunos casos en que la falta de previa liquidación de la sociedad de gananciales daba lugar a alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que debían adjudicarse a cada uno de los herederos (...).

Pero también se ha mantenido la partición cuando, en atención a las circunstancias, los intereses en presencia no se veían vulnerados pese a no mediar previa liquidación de la sociedad de gananciales (...).

b) La liquidación extrajudicial de la sociedad requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes. Indudablemente, los dos cónyuges (si están vivos) o, en su defecto, los herederos del premuerto con el viudo y, si también hubiese fallecido este último sin que se hubiera liquidado la sociedad, todos los herederos de uno y otro.

Se ha admitido sin embargo que será válida la liquidación de la sociedad por el contador designado por el premuerto con el viudo o con los herederos de este si también ha fallecido (sentencias de 10 de enero de 1934, 2 de abril de 1996, Rc. 2891/1992, 508/1999, de 8 de junio, y 164/2000, de 25 de febrero).

Incluso, la sentencia 301/2001, de 29 de marzo, en la línea propugnada doctrinalmente, admite que el mismo contador-partidor nombrado por ambos cónyuges puede por sí solo realizar la liquidación de la sociedad de gananciales.

Enlazando este planteamiento con lo expuesto sobre la necesidad de liquidar previamente los gananciales, será posible entonces que el contador-partidor designado por ambos cónyuges practique la partición de ambas herencias sin liquidar previamente los gananciales adjudicando bienes concretos cuando, en atención a las circunstancias del caso, como se ha dicho antes, no se vulneren los intereses en presencia y no se produzcan alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos. Por ejemplo, porque los instituidos son los mismos y en la misma proporción, de modo que el contador puede proceder a repartir el caudal como si se tratase de un solo patrimonio.

c) En el presente supuesto, la disolución de la sociedad se produjo por la muerte del esposo. La esposa, que falleció con posterioridad, había facultado expresamente en su testamento al albacea-contador-partidor no solo para liquidar la sociedad de gananciales, sino

también para partir conjuntamente ambas herencias, en atención a que el contador designado por su marido había fallecido sin realizar ninguna operación y en atención a que los bienes de su difunto marido y los suyos eran esencialmente gananciales.

Es cierto que los instituidos en los dos testamentos son llamados en ambas herencias a las mismas cuotas (la esposa instituyó herederos por mitad a partes iguales a su hijo y a los dos nietos hijos de su hijo premuerto; el esposo, fallecido antes que la testadora, instituyó herederos a sus dos hijos y, por sustitución, a sus descendientes). Sin embargo, puesto que el contador solo fue designado por la esposa, resultaba precisa la intervención en la partición de los herederos del esposo. Ello por cuanto los herederos del esposo ocupan su puesto y el esposo no confirió facultad alguna al albacea que finalmente actuó en orden a partir su herencia.

De acuerdo con lo anterior habría que concluir que la partición realizada por el contador nombrado por D.^a Esmeralda precisaría para su eficacia el consentimiento de los herederos de D. Horacio y, en el caso, únicamente D. Leoncio manifestó su conformidad y su intención de protocolizar el cuaderno.

Sucede sin embargo que, como declaró la Audiencia, confirmando el criterio del Juzgado, al ejercer la acción que da lugar al presente recurso, la demandante va contra sus propios actos.

2. Actos propios y legitimación para impugnar el testamento y la partición.

La Audiencia, confirmando la sentencia del Juzgado, consideró que había actos propios y la recurrente impugna este pronunciamiento alegando que no hubo renuncia a la acción y que la doctrina de los actos propios debe ser interpretada de manera estricta cuando comporta renuncia de derechos.

Conviene advertir, frente a lo que parece entender la recurrente, que, como dijo la sentencia 399/2012, de 15 de junio, la doctrina de los actos propios no requiere un previo esquema negocial o declaración de voluntad negocial que integre a los actos propios. Por el contrario, la aplicación de la doctrina de los actos propios para rechazar una pretensión de nulidad tiene sentido precisamente cuando no existe una voluntad negocial de carácter vinculante, bien bilateral, bien unilateral, señaladamente una renuncia de derechos. En este último caso la renuncia habría extinguido el derecho por voluntad del renunciante, mientras que la regla según la cual no puede venirse contra los propios actos y debe negarse todo efecto jurídico a la conducta contraria es una concreción de la buena fe que rechaza la falta de coherencia de las conductas por la legítima confianza generada en terceros.

Como observa la Audiencia, haciendo suyo el pronunciamiento y la valoración del Juzgado, en el caso: la demandante, al rehusar (junto a su hermano y su madre) firmar el cuaderno, no cuestionó el nombramiento del contador por D.^a Esmeralda, ni que el mismo pudiera llevar a cabo la partición conjunta, ni que en el cuaderno se hubiera incluido la partición de la herencia de D. Horacio, sino que la demandante, junto a su madre y a su hermano, afirmó que no estaba de acuerdo con las valoraciones de algunas fincas y que el albacea no los había convocado; en la conciliación y en el juicio sobre reclamación de honorarios reconocieron al Sr. Dimas como albacea contador y se opusieron al pago por motivos ajenos a su nombramiento y funciones, limitándose a referir errores en la partición o problemas derivados de la normativa sobre unidades mínimas de cultivo; en la carta del abogado previa a la interposición a la demanda se invocaba únicamente la nulidad de la “cautela” del testamento y la imposibilidad de que el contador llevara a cabo una nueva partición por haber transcurrido el plazo previsto en el testamento de D.^a Esmeralda; según la declaración en juicio del perito que auxilió al albacea-contador en la valoración de los bienes, la parte demandante sí tuvo intervención en la liquidación y, sobre todo, con posterioridad, tal y como declara probado la sentencia recurrida, la demandante ha realizado actos de posesión de los bienes adjudicados en el cuaderno.

Por todo ello, el ejercicio de la acción por parte de la demandante dirigido a que se declare la ineficacia de la partición que se realizó siguiendo los dictados de las cláusulas testamentarias de D.^a Esmeralda es contrario a la buena fe, es incoherente con la conducta observada por la parte y perjudica a los demás herederos.

La correcta aplicación de la doctrina de los actos propios implica que no pueda admitirse la pretensión contradictoria con la conducta anterior porque, quien realiza actos que reconocen la eficacia del testamento y de la partición realizada conforme a ella, queda privado de la legitimación para impugnarlos.

Por todo lo anterior, el primer motivo del recurso debe ser desestimado.»

c) *Comentario*

Sobre la doctrina de los actos propios, resulta muy ilustrativa la STS 22 mayo 2003 (RJ 2003, 7148):

«La regla general según la cual no puede venirse contra los propios actos, negando efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la

confianza que el acto o conducta suscita objetivamente en otra u en otras. El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en terceros, ni se trata de ser una manifestación del valor de una declaración de voluntad negocial manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de buena fe.

La conducta previa contra la que no se puede ir posteriormente ha de tener ciertos caracteres. La jurisprudencia había ya recogido la necesidad de la relevancia jurídica de la conducta, afirmando que los actos deben ser reveladores de alguna manera del designio de decidir la situación jurídica de su autor, y en cuanto a la significación jurídica del acto anterior es menester que ésta pueda ser valorada objetivamente como índice de una actitud adoptada respecto a la situación jurídica en la cual ha sido realizada.

(...) Los actos propios, para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias de 30 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6821] y 31 de enero de 1995 [RJ 1995, 291]).»

Particularmente, poniendo en relación lo anteriormente expuesto con la sentencia comentada, de acuerdo con la máxima *contra factum proprium quis venire non potest* no es posible impugnar un negocio irregular cuando el que pretende la impugnación lo ha ejecutado previamente o cuando, de cualquier forma con su comportamiento ha prestado su aceptación al mismo²⁶.

Por ejemplo, en la STS 20 octubre 1992 (RJ 1992, 8090) hubo acuerdo entre coherederos para la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, prescindiendo de la intervención de los contadores-partidores designados en el testamento. En opinión del TS en la sentencia citada, no puede pedir la nulidad de la partición convenida uno de los herederos concurrentes por haberse prescindido en ella de los contadores-partidores testamentarios cuando él tampoco recabó su intervención.

«(...) ha de agregarse, por un lado, que don Alfonso S. C. (único demandante y ahora recurrente) que, no obstante conocer (desde la muerte de sus padres en 1960 y 1972, respectivamente) el nombramiento de los contadores-partidores, prescindió de los mismos y prestó su consentimiento (junto con el de sus otros seis hermanos) a la partición que, con acuerdo unánime («conformes de toda conformidad»), hicieron mediante el documento privado de fecha 31-12-1972 y ha venido consintiéndola y ajustándose a ella durante más de doce años, no puede, sin violentar el respeto debido a lo pactado (*pacta sunt servanda*; art. 1091 del Código Civil) y sin conculcar la doctrina de los actos propios, tratar ahora de desconocer la eficacia del repetido documento y, por otro lado, que durante

²⁶ Vid. BETTI, 1994, p. 481.

el plazo de vigencia del mandato de los contadores-partidores (que venció en septiembre 1975) ninguno de los herederos, ni siquiera don Alfonso, requirió la intervención de los mismos, habiendo uno de ellos (don César F. R.) declarado en la prueba testifical (folio 499 vuelto de los autos) que «tuvo conocimiento al otorgar testamento los citados esposos que, juntamente con Paulino V. C., había sido designado contador-partidor, y tuvo también conocimiento de que fallecida la madre, los hermanos S. C. habían procedido a poner fin a la Comunidad Hereditaria, al proceder, manteniendo la unidad de la explotación, a fijar la forma en que, entre ellos, se distribuían los bienes heredados de sus padres fallecidos.»

En materia sucesoria la regla implica no solo la vinculación del heredero a los actos de su causante²⁷, sino también una vinculación del heredero a sus propios actos anteriores²⁸.

Otra de las cuestiones que son objeto de discusión en la Sentencia comentada es la de la liquidación de la sociedad de gananciales y partición conjunta realizada por el contador-partidor nombrado por uno de los esposos.

Al respecto, la liquidación de la sociedad conyugal es un presupuesto de la partición de la herencia. Por lo que el TS ha declarado la nulidad de la partición en aquellos casos en que la falta de previa liquidación provocaba alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que debían adjudicarse a cada uno de los herederos.

Por otro lado, conviene tener presente que la liquidación extrajudicial de la sociedad requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes (en caso de sucesión *mortis causa*, los herederos del premuerto con el viudo y, si hubiese fallecido este último, todos los herederos de uno y otro). Aunque se ha admitido por la

²⁷ SANTAMARÍA ANSA, *RDP*, 1961, pp. 271 ss.

²⁸ En la anteriormente citada (en punto a la existencia de enriquecimiento injustificado) STS 5 febrero 2018 (RJ 2018, 397) entiende el TS que no nos encontramos ante un supuesto de actuación contraria a los actos propios en la partición: «La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (...). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (...).» En este caso en concreto: «La propia relación existente entre la doctrina de la vinculación por los actos propios y el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC) comporta como exigencia que –en el momento en que se producen los calificados como actos propios– la parte que los realiza ha de tener plena consciencia y conocimiento de cuál es la situación jurídica en la que se desenvuelve, lo que supone la ineficacia como tales de los actos protagonizados por los demandantes por cuanto aún desconocían la existencia del documento privado de fecha 19 de octubre de 1987 o, incluso conociéndolo, cuando meramente hubieran actuado “frente a terceros” según lo establecido en la escritura pública de adición de herencia y conforme a lo publicado por el registro de la propiedad».

jurisprudencia la validez de la liquidación de la sociedad por el contador designado por el premuerto con el viudo o con los herederos de este si también ha fallecido. Incluso podría realizarse por el mismo contador-partidor nombrado por ambos cónyuges.

En el caso de la sentencia comentada, la disolución de la sociedad se produjo por la muerte del esposo. La viuda había facultado expresamente en su testamento al albacea-contador-partidor no solo para liquidar la sociedad de gananciales, sino también para partir conjuntamente ambas herencias.

En consecuencia, concluye el Tribunal que la eficacia de la partición realizada por el contador-partidor pasa por la intervención de los herederos del cónyuge premuerto, puesto que aquél no confirió facultad alguna al albacea que finalmente procedió a realizar la partición, circunstancia que no se dio en el supuesto enjuiciado, donde solamente uno de los coherederos prestó su consentimiento.

No obstante, la pretensión de nulidad de la partición de la demandante no prosperó debido a su conducta contraria a los propios actos.

13. USUCAPIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS Y COMPENSACIÓN DEL HEREDERO PRETERIDO EN LA PARTICIÓN. STS (SALA 1.ª) 21 DE FEBRERO DE 2019 (JUR 2019, 71900)

a) *Antecedentes fácticos*

Versa la presente sentencia sobre un supuesto de preterición de un heredero forzoso en la partición de la herencia y el alcance de la misma.

En cuanto al supuesto de hecho de la Sentencia podría resumirse del siguiente modo:

D.^a Adelaida presentó una demanda contra D. Luciano con base en la acción de petición de herencia tanto de su padre biológico, D. Jesús Ángel, como de su abuelo, D. Marcos, en la que solicitaba la condena del demandado al pago de 170.915,91 €, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

D.^a Adelaida era hija extramatrimonial de D. Jesús A. y fue declarada heredera *ab intestato* del mismo mediante acta de notoriedad de fecha 18 de octubre de 2012. Con anterioridad a este momento, en concreto el 28 de mayo de 1997, mediante escritura de partición de la herencia de D. Jesús A. se adjudicaron a D. Luciano algunos bienes muebles y otros muebles. Dicha escritura fue objeto de adición de herencia por dos nuevas escrituras en 2009.

Por otro lado, el 17 de noviembre de 2006, se otorgó escritura pública de aceptación y adjudicación de la herencia de D. Marcos (abuelo paterno de los herederos abintestato) por la que se adjudicó a D. Luciano un derecho de participación en diversos inmuebles.

Dos son las cuestiones controvertidas en la Sentencia. En primer lugar, si los bienes objeto de la escritura de 1997 habían sido usucapidos por el demandado, circunstancia de interés para dirimir sobre la procedencia de la reclamación hereditaria. En segundo lugar, con relación al pago del derecho hereditario de la demandante, sobre la vivienda de la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid (resultante de la escritura de partición de su abuelo D. Marcos). Especialmente sobre si debe realizarse en metálico o mediante la adjudicación de la cuota hereditaria que le correspondía.

b) *Doctrina*

«2. En el presente caso, la demandante no discute que la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de D. Jesús Ángel, de 28 de mayo de 1997, tenga la calificación de justo título a los efectos de la usucapión ordinaria (arts. 1940 y 1952 CC), cuestión por otra parte controvertida en la doctrina civilista. Tampoco discute que dicha escritura determine el *dies a quo* del plazo de prescripción adquisitiva en favor del demandado. Ni se cuestiona la aplicación del artículo 1958 CC en el presente caso, dada la constatación de la ausencia de la demandante en parte del tiempo establecido para la usucapión inmobiliaria ordinaria de los bienes contemplados en la anterior escritura de partición.

3. Partiendo de estos antecedentes jurídicos del pleito, para determinar el cómputo de la prescripción adquisitiva, conforme a los citados artículos 1957 y 1958 CC, debe fijarse, en primer término, el período de usucapión alcanzado durante la fase de presencia de ambas partes (art. 1957 CC). En nuestro caso, dicho periodo se inició el 28 de mayo de 1997, tal y como se ha señalado, de forma que el 28 de mayo de 2005 el demandado contaba con un período de usucapión de 8 años entre presentes, dado que, según la regla tercera del artículo 1958 CC, el primer año de comienzo de la ausencia de la demandante (mayo del 2005), al no ser “entero y continuo”, no se computa. Por lo que al demandado le restaban dos años de prescripción adquisitiva para completar los 10 años.

4. Señalado esto procede, en segundo término, fijar el periodo de extensión de la prescripción adquisitiva entre ausentes, teniendo en cuenta lo dispuesto en la regla segunda del artículo 1958 CC,

por la que “cada dos años de ausencia se computará como uno para completar los 10 del presente”.

En nuestro caso, y sin poder contar el primer año de ausencia por lo ya expuesto, y el último de ausencia por idéntica razón (marzo de 2011), el período abarcó del año 2006 al año 2010, esto es, una extensión del plazo de prescripción de dos años, según lo dispuesto en la citada regla segunda del artículo 1958 CC.

5. Si a los ocho años ya consumados por el demandado, para la prescripción adquisitiva entre presentes, se le suman estos dos años del período de prescripción adquisitiva entre ausentes, el resultado es que el 28 de mayo de 2009 el demandado había consumado la usucapión de dichos bienes, conforme a la partición efectuada el 28 de mayo de 1997. Consumación que es anterior, en todo caso, al reconocimiento de la filiación extramatrimonial de la demandante, declarada por sentencia de 30 de noviembre de 2009, así como a su reclamación extrajudicial de los bienes de la herencia, de 18 de febrero de 2011, por lo que debe concluirse que el demandado había consumado la usucapión ordinaria de los bienes inmuebles contemplados en la escritura de 28 de mayo de 1997.

6. También procede entrar en el examen de lo alegado por el demandado en el motivo cuarto de su recurso de casación.

En dicho motivo, cuestiona el pronunciamiento de la sentencia recurrida, fundamento de derecho decimotercero, que le condena al pago en metálico de la cuota hereditaria que le corresponde a la demandante por su derecho hereditario en la citada de vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid, concretado en el 50 % del valor de la parte de dicha vivienda que ha resultado adjudicado al demandado por razón de la herencia de su padre y de su abuelo. Dicho derecho hereditario no ha sido adjudicado de un modo íntegro o pleno, sino en una parte de la nuda propiedad de la vivienda sujeta al usufructo vitalicio en favor de otra heredera (viuda de un hermano de su padre); por lo que se le obliga a pagar anticipadamente algo que aún no ha recibido, la propiedad plena de una parte del bien adjudicado, haciendo de mejor condición a la demandante frente al resto de los coherederos, que no han recibido en metálico el pago de su cuota, y que deberán soportar las obligaciones tributarias que correspondan a la muerte de la usufructuario, con cargo al heredero demandado.

7. En contra de lo que sustenta la sentencia recurrida, debe precisarse que, en nuestro Derecho de sucesiones, el resarcimiento que prevé el artículo 1080 CC respecto del coheredero que ha resultado omitido o preterido en la partición realizada, esto es, el «pago de la parte proporcional que le corresponda» no comporta

que dicho pago deba realizarse necesariamente y de un modo directo en dinero o en metálico. Pues bajo el entendimiento correcto de dicha regla jurídica, el pago supone “el cumplimiento de la prestación tal y como es y en lo que ella consiste”, es decir, restableciendo la efectividad del derecho hereditario del coheredero preterido conforme a su naturaleza y contenido en la herencia, y guardando la posible igualdad entre los coherederos, tal y como dispone el artículo 1061 CC.

En nuestro caso, el derecho hereditario del demandado, y con él, el de la demandante, quedó configurado o consistió en una cuota de participación en la nuda propiedad de la citada vivienda, que no fue objeto de adjudicación en dinero, por lo que a la demandante preterida le corresponde la titularidad del 50 % de dicha cuota de participación del heredero demandado, sin que proceda alterar, con trato desigual, la naturaleza y consistencia del derecho hereditario objeto de transmisión.»

c) *Comentario*

Son dos, pues, las cuestiones debatidas en esta Sentencia. En primer lugar, se resuelve sobre si el título «pro herede» es un justo título para la usucapción ordinaria de los bienes hereditarios, a lo que se responde afirmativamente.

A) Sobre la usucapción ordinaria en el ámbito sucesorio

Pese a lo dictaminado por el TS en esta sentencia afirmando que la escritura de partición de la herencia tiene la calificación de justo título a los efectos de la usucapción ordinaria, un sector de la doctrina ha sostenido que ni el título de heredero ni la partición pueden considerarse justos títulos para la usucapción ordinaria²⁹. Ello debido a las características propias de la sucesión universal, puesto que el heredero, en cuanto que sucesor del causante, queda facultado

²⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ADC, 1993, p. 1900: «La posición que aquí se pretende defender es la que considera que ni el título de heredero ni la subsiguiente partición pueden ser considerados justos títulos para la usucapción ordinaria. En este sentido, como se verá, se manifiesta parte de nuestra doctrina y la totalidad de la francesa y la italiana. No discuto en absoluto que el heredero pueda adquirir por usucapción extraordinaria, si concurren sus requisitos, bienes concretos que posee como hereditarios, pero en realidad no pertenecían al causante (en los términos que se examinan *infra* apartado 6). Lo que se pone en tela de juicio es la posibilidad de invocar la adquisición vía sucesión *mortis causa* a título universal, o la adjudicación en la subsiguiente partición de la herencia para beneficiarse de una usucapción abreviada. Es decir, que el título de heredero o la partición sean el justo título que el artículo 1940 C.c. exige para poder *usucapir* en plazos más breves, del mismo modo que, en su caso, sirva a igual finalidad la compraventa o la donación».

para hacer suya la situación y legitimación posesoria que correspondieran al testador, pero no se crea un justo título autónomo³⁰.

No obstante lo anterior, la inhabilidad del título «pro herede» como justo título para la usucapión no comprende otro título de adquisición como es el legado, siendo válido el título *pro legato* para la usucapión ordinaria. Pero no para el supuesto al que se refiere, en otro orden de cosas, la anterior Sentencia del TS de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2915), sino a otra situación distinta. Pues en el legado de cosa cierta y determinada de un bien de la propiedad del testador, al que se refiere la sentencia citada, el legatario es dueño de la cosa legada desde el momento de la muerte del causante, no siendo necesaria usucapión (podríamos plantearnos que en este caso estamos ante un problema de inexactitud del Registro de la Propiedad).

Tampoco para el supuesto en el que el causante estuviera poseyendo *ad usucapionem* una cosa propiedad de otro, puesto que, si la misma fuera objeto de legado, el legatario continuaría por *successio possessionis* la usucapión que aquel comenzó.

Menos aún en el caso en el que el testador poseía en concepto de dueño una cosa a sabiendas de que no lo era. En el caso de que la legue, el artículo 861 CC establece que ese legado es válido, quedando el heredero obligado a adquirirla para entregarla al legatario (o su valor, de no ser ello posible).

En la hipótesis de que el heredero poseyese la cosa sin conocer su ajeneidad y posteriormente la legase, cuando el heredero cumple la manda y hace entrega de la cosa al legatario, éste no adquiere en virtud del legado. El legatario sumará su tiempo de posesión al de su causante (art. 1969, regla 1.ª CC). La cuestión reside en averiguar si es posible para el legatario *usucapir* ordinariamente, sobre la base de un justo título *pro legato*. A esta cuestión responde Yzquierdo Tolsada afirmativamente sobre la base de la siguiente argumenta-

³⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *ADC*, 1993, p. 1915: «Lo que nos interesa destacar es que el heredero no puede invocar su título como justo título de adquisición para la usucapión ordinaria, por razones que derivan de los caracteres propios de la sucesión universal». Con cita de SALVADOR CODERCH, «(e)l autor citado nos remite para ello a la doctrina de Pothier quien ya enseñó que el título pro herede no es un justo título autónomo (en el sentido del art. 1952 CC) y la estima válida hoy, «pues el título de heredero no crea por definición una justificación autónoma de la adquisición, sino que remite al título que eventualmente ya tenía el causante sobre el bien de que se trate». Añade a continuación la autora citada, p. 1916: «Por lo que se refiere a la posesión de los bienes hereditarios, el título de heredero permite continuar la misma posesión que tuviere el causante y con el mismo título (art. 440 CC). El heredero no dispone de un título nuevo que fundamente un *ius possidendi* distinto al que tuviere el causante, sino que el ejercicio del *ius delationis* y la aceptación de la herencia le faculta para hacer suya la situación y legitimación posesoria que correspondieran al difunto; en su caso, le permite el ejercicio de la protección posesoria vía interdictal, sin necesidad de acto material de aprehensión».

En el mismo sentido cfr. YZQUIERDO TOLSADA, *ADC*, 2001, pp. 584-585.

ción: «El artículo 862, párrafo 1.º, establece para el supuesto de ignorancia por el testador de que la cosa que legaba era ajena una solución tajante: la nulidad del legado. Si ello es así, no hay justo título por no haber título válido (art. 1953), y el legatario precisará completar los plazos de la usucapión extraordinaria (...). Pero prefiero pensar que las cosas no han de suceder de tal modo. No tiene sentido afirmar que la nulidad del legado opera frente al verdadero dueño, pues lo que el artículo 862 pretende es solamente liberar al heredero de la obligación de entrega de una cosa que no pertenece a la herencia, y al mismo tiempo ampararle frente a una demanda de saneamiento por evicción, llegado el caso de que el propietario reivindicara con éxito frente al legatario». En opinión del autor, si el heredero no demanda la nulidad del legado, «hay que afirmar el justo título del legatario para la usucapión. (...) [E]l legado es título válido para la usucapión de la cosa no adquirida por aquel a quien se legó. El legatario viene así a adquirir lo mismo que tenía el causante: la posibilidad de *usucapir*. Y la posibilidad la adquiere con título propio y distinto del que su causante tuviera (si lo tenía)»³¹.

B) Omisión de un heredero forzoso en la partición. Efectos

La segunda cuestión viene referida a la omisión de un heredero forzoso en la partición y los efectos de la misma.

En la STS 10 diciembre 2014 (RJ 2014, 6842) se plantea un supuesto de preterición, en este caso intencional, de un heredero forzoso en la partición. En el supuesto contemplado por la citada sentencia, una vez abierta la sucesión, la esposa y la hija extramatrimonial otorgaron escritura pública de aceptación de herencia, liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicación y partición, así como otra escritura de venta de un inmueble de la herencia. El tercer adquirente había inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, entendiendo el Alto tribunal que se trataba de un tercero protegido por la fe pública registral.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 10 de diciembre de 2014, el supuesto de hecho entra dentro de la órbita de aplicación del artículo 1080 CC, tratándose de un caso de preterición de un heredero en la partición. El principio *favor partitionis* es un principio que se encuentra en la base de aquel precepto, de modo que en la medida de lo posible debe tenderse a la conservación de la partición siempre que los que participen en la misma actúen de buena fe, circunstancia que se presume *iuris tantum*. No obstante, en este caso en concreto había quedado acredita-

³¹ YZQUIERDO TOLSADA, ADC, 2001, pp. 585-586.

da la mala fe de la esposa y la hija, puesto que conscientemente habían omitido a un heredero forzoso en la partición. La jurisprudencia había sostenido que, habiendo mala fe, la consecuencia debía ser la nulidad absoluta de la partición. Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado la Audiencia Provincial dictamina la nulidad de la partición realizada con preterición de un heredero forzoso de mala fe. En este caso, el Tribunal Supremo, en aplicación de la fundamentación jurídica de la Sentencia considera que «la ineficacia que contempla la sentencia recurrida concuerda sustancialmente con el régimen de rescindibilidad, que se desarrolla respetando la validez de lo ordenado por el testador». Pero pese a modificar la doctrina, la sentencia de la Audiencia Provincial no queda revocada, puesto que el efecto en ambos casos es que se debe realizar una nueva partición (efecto de la rescisión para el Tribunal Supremo, efecto de la nulidad para la Audiencia Provincial).

En el caso de la comentada STS de 21 de febrero de 2019 se trata de una preterición no intencional, que tiene como consecuencia para el coheredero que ha resultado omitido, el pago de la parte proporcional que le corresponda, sin que ello implique que el mencionado pago deba realizarse necesariamente en metálico. Debe restablecerse la efectividad del derecho hereditario del coheredero preterido conforme a su naturaleza y contenido en la herencia, y guardando la posible igualdad entre los coherederos (conforme al art. 1061 CC).

14. PARTICIÓN DE LA HERENCIA POR CONTADOR PARTIDOR, ALCANCE DE LA FACULTAD DE RECTIFICAR ERRORES O COMPLEMENTAR. COLACIÓN DE DONACIÓN REMUNERATORIA. STS (SALA 1.^a) 20 DE JULIO DE 2018 (RJ 2018, 2833)

a) *Antecedentes fácticos*

En este caso el padre realiza en el año 2000 una donación en documento privado a uno de sus hijos de unas participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, donde expresamente el donante dispensa de la obligación de colacionar. Las participaciones se valoran en 74.388.600 euros.

Posteriormente el padre, donante, niega validez a la citada donación, lo que obliga al hijo a entablar un procedimiento para que judicialmente se declare la validez de la misma. Los tribunales reconocen efectivamente la validez de la donación, entretanto se produjo el fallecimiento del padre.

En 2003 el padre había otorgado testamento ordenando en el mismo que no fuesen colacionables las donaciones hechas a las hijas, pero sí que lo fueran las realizadas en favor de los varones. En 2012, después de haber hecho la partición, la contadora-partidora otorgó una nueva escritura de «rectificación de operaciones particionales» de la herencia del padre, teniendo en cuenta el cambio de circunstancias representado por la firmeza de la sentencia que reconoce la validez de la donación.

Las cuestiones que son objeto de debate en esta sentencia son en primer lugar, si cabe la posibilidad de que el contador partidor pueda hacer una nueva partición en el supuesto, como sucede en el caso, de que se declare la validez de la donación de unas participaciones sociales, cuando la partición se realizó como si la donación no hubiese tenido lugar.

La segunda cuestión tiene que ver con la colación de la donación, siendo discutido si son colacionables las donaciones remuneratorias y si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que expresamente manifestó en la donación.

b) *Doctrina*

«La partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo establecido por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas.

(...)

3. En el presente caso, la contadora no complementó la partición con nuevos bienes que se hubieran omitido en la partición, ni hizo una mera rectificación respetuosa con las atribuciones de propiedad ya realizadas, sino que hizo una nueva partición alterando de manera unilateral las atribuciones ya realizadas.

Tal y como dice la sentencia de la Audiencia, el cargo de la contadora-partidora quedó extinguido con el otorgamiento de la escritura de partición de 15 de julio de 2005. Ninguno de los preceptos denunciados como infringidos por las recurrentes sirven para desvirtuar esta conclusión si nos atenemos a los hechos probados en la instancia, pues: no hubo partición por el testador (por lo que no hay infracción del art. 1056 CC); sí hubo toma de posesión de los bienes adjudicados en la partición de 2005 (art. 1068 CC) y aceptación por los herederos, por lo que los bienes y derechos ingresaron en el patrimonio de los adjudicatarios, a lo que no se opone la multitud de pleitos entablados entre las partes, en buena

medida dirigidos precisamente a exigir la entrega de lo adjudicado; la escritura de 2012 no se limitó a rectificar errores cometidos en la elaboración de la partición de 2005, sino que modificó sustancialmente las atribuciones ya realizadas, adoptando soluciones diferentes a lo manifestado por el testador, lo que determinó que la propia sentencia de primera instancia en la que se basa el recurso de Luisa-madre, a pesar de considerar que no se había extinguido el cargo, declarara que era parcialmente nula; la necesidad de reinterpretar la voluntad del testador para ajustarla a las consecuencias que derivaban de la sentencia de 2012 que declaró la validez de la donación de 2002 y que no fue tomada en cuenta en 2005 no permitía a la contadora recuperar una función que se había extinguido (por lo que no hay infracción de los arts. 1057, 675, 1056 y 1062 CC), de modo que toda actuación ulterior es incumbencia de los herederos y, en su defecto, del juez. No hay infracción de los artículos 1113, 1050 y 1056 CC porque la partición de 2005 no fue un negocio sujeto a la condición del resultado del pleito iniciado por Luis Miguel-hijo contra su padre acerca de la validez de la donación, ni en ese momento la contienda era sobre la colación de una donación que la contadora no tuvo en cuenta en la partición, ni los herederos lo eran bajo condición.

Extinguido el cargo de contador, su función no podía renacer por el hecho de que, unilateralmente, se reservase la facultad de volver a actuar.

(...)

2. La colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante.

En el presente caso, debemos partir de que la donación es remuneratoria (lo que es discutido por Luisa -madre en su recurso), porque así se estableció en el procedimiento anterior en el que se discutió sobre la validez de la donación.

En principio, esta calificación tiene interés porque es uno de los argumentos utilizados para negar que proceda la colación. Hay que advertir sin embargo, por lo que se dirá a continuación, que a juicio de esta sala resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria, porque la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso.

La colación de la donación remuneratoria es un problema que no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica y no ha sido zanjado hasta la fecha por la jurisprudencia.

a) El código civil no alude a la colación en las donaciones remuneratorias, ni para decir que no se colacionan ni para impedir

al causante que imponga la colación. El artículo 1041 CC excluye la colación de algunos gastos (alimentos, educación, curación de enfermedad); el causante no puede imponer su colación porque tampoco son liberalidades. El artículo 1042 CC deja en cambio en manos del causante la colación de algunos gastos (por ejemplo, los destinados a dar al hijo una carrera profesional).

b) Por lo que se refiere a la jurisprudencia, las partes han citado en las distintas instancias sentencias a favor y en contra de la colación de las donaciones remuneratorias, pero ninguna de ellas resulta definitiva.

(...)

c) Un sector de la doctrina científica invoca la aplicación del artículo 622 CC, que conduciría a la colación de la donación por lo que exceda de la remuneración.

En el caso, se trata de una petición subsidiaria de las tres recurrentes, que ya la plantearon como tal en sus contestaciones a la demanda. De hecho, la principal dificultad práctica que comporta la aplicación a las donaciones remuneratorias del artículo 622, esto es, cómo determinar la diferencia entre el servicio remunerado y el valor de los bienes donados, se habría tratado de superar por las demandadas mediante la aportación en el juicio de una pericial referida a lo que cobraría un consejero por las gestiones que hizo el hijo en la empresa y por las que se le remuneraría. En ese dictamen, con distintos métodos, se alcanzaban diferentes resultados. La sentencia de apelación no entró a valorar los servicios remunerados porque consideró que no era colacionable, pero la sentencia de primera instancia hizo mención a ese informe.

Pero cabe formular objeciones a la aplicación de la tesis de la naturaleza mixta de estas donaciones en sede de colación, por lo que es descartada por esta sala.

No es de extrañar que tanto las recurrentes (como argumento principal para apoyar su tesis de la colación completa de la donación, incluso por aquellas recurrentes que aceptan como hecho que la donación es remuneratoria) como el recurrido (para negar que proceda la colación en ninguna cuantía) invoquen la jurisprudencia de esta sala que, desde la sentencia del pleno 1394/2007, de 11 de enero, en materia de forma y simulación, ha declarado que el artículo 622 CC se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. La citada sentencia expresamente dice que, a pesar de su tenor literal, el artículo 622 «es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que, por definición, artículo 619 CC, no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles». Más recientemente,

la sentencia 828/2012, de 16 de enero de 2013, ha reiterado, en sentido parecido, «que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante, móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico».

Podría argumentarse que la forma es indivisible y la colación no, lo que explicaría que en un caso no pudiera aplicarse el artículo 622 y en otro sí. Sin embargo, las razones que se exponen a continuación llevan a concluir que la remuneratoria es una donación que como tal debe tratarse en la sucesión, tanto a efectos de la computación, esto es, del cálculo de la legítima (lo que Luis Miguel-hijo expresamente admite, porque le conviene) como a efectos de su colación.

d) El agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. No cabe establecer una proporción entre el valor del servicio y el objeto de la donación, y el donante puede valorar los servicios en lo que quiera, con independencia de su valor objetivo. Por eso no es despreciable el argumento de Luis Miguel-hijo de que su padre hizo la donación asesorado por una consultoría y le donó exactamente las participaciones que le donó porque calculó que esa era la retribución que le correspondía, porque la causa de la donación remuneratoria es indivisible.

e) La causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación (art. 1274 CC). Otra cosa sería que, en los casos en los que la remuneración se eleve a motivo causalizado, la existencia de error acerca de la realidad de los servicios, permitiera impugnar la validez de la donación.

f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del artículo 880.5 del código de comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente artículo 71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los pactos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso.

g) El principal argumento en contra de la colación de las donaciones remuneratorias es una aplicación de la misma objeción que los autores que la formulan hacen genéricamente a la propia colación, por la que sin embargo ha optado el legislador, si bien dotándola de un carácter disponible para el causante que hizo la donación.

La idea de que si la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios perdería su naturaleza si se computara en la cuota sucesoria, es igualmente afirmada por los críticos respecto de la colación de las donaciones simples, para las que se dice que la colación destruye la esencia de la donación, porque entonces no se enriquecería al donatario, sino que solo se le anticiparía lo que le correspondería cuando el patrimonio del donante se convirtiera en herencia.

Pero, como se ha dicho, es el código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción.

h) En el código civil la colación, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante.

La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación. Es decir, que aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el artículo 1036 CC exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante.

i) En el caso, lo que ha sucedido es que el causante dispensó de la colación en el documento privado de donación, pero en el testamento otorgado en escritura pública dijo que las donaciones a los hijos varones eran colacionables. Puesto que en el momento de otorgar testamento solo se había realizado a favor de Luis Miguel-hijo la donación que estamos considerando, es obvio que el testador se estaba refiriendo a ella y, si no la mencionó por su fecha es, precisamente, porque el causante negaba su validez, lo que mantuvo en el proceso iniciado por el hijo contra él así como en una querrela contra el hijo. Declarada por sentencia firme la validez de la donación, es evidente la voluntad testamentaria del causante de que se colacione.

La cuestión, por tanto, es independiente de si la donación es o no remuneratoria y lo que plantea es un problema diferente, el de la revocabilidad de la dispensa de colación.

3. Revocación de la dispensa de colación hecha en el momento de donar.

Esta sala considera que la dispensa de colación hecha en la donación es revocable por el causante. La colación, a diferencia de las acciones de reducción por inoficiosidad, no puede hacer llegar a los demás legitimarios una parte de los bienes donados (art. 1045 CC), pero aumenta la base sobre la que se calcula la participación de los legitimarios llamados a una cuota sin concretar los bienes sobre los que recae (aunque sea la que les corresponda por legítima), con la consecuencia de que el legitimario donatario tomará de menos (art. 1047 CC). En la medida en que supone traer a la masa (en el código civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, solo en la comunidad existente con los herederos forzosos) el valor de los bienes donados, la colación modifica la formación de las cuotas sucesorias. Por eso mismo, la dispensa de colación a que se refiere el artículo 1036 CC tiene influencia en la organización de la sucesión y, en consecuencia, es revocable.

Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable.

a) No existe una jurisprudencia consolidada de la sala sobre este asunto.

(...)

b) Un sector de la doctrina científica ha argumentado a favor de la irrevocabilidad que la dispensa hecha en la misma donación adquiere carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza; sería una dispensa acordada, contractual. También que la dispensa formó parte del negocio lucrativo, que fue aceptado por el donatario como un conjunto y la revocación de la dispensa supone alterar la base de aquel negocio.

c) Frente a estos argumentos, sin embargo, esta sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante.

La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa*, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el código civil, tal y como con claridad resulta de los artículos 737 y 1271 CC así como de las escasas excepciones en las que el código acepta la eficacia de un contrato sucesorio

(art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros).

Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios.

A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás.»

c) *Comentario*

Analicemos por partes cada una de las cuestiones planteadas en esta Sentencia. En primer lugar, en relación con la posibilidad de rectificación de la partición por el propio contador-partidor³². La Sala sigue en este caso el criterio de la Audiencia entendiendo que la rectificación es ineficaz, siguiendo cierta doctrina jurisprudencial según la cual las funciones del contador-partidor acaban con la práctica de la partición no siendo posible una rectificación unilateral de la misma. Ello sin perjuicio de que el contador-partidor se reserve la facultad de rectificar errores o complementarla, aún dentro del plazo fijado por el testador para realizar la partición. Sí que cabe el complemento de la partición por la aparición de nuevos

³² En la doctrina científica *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 2017, p. 59: «¿Cabe que el contador por sí mismo rectifique o complemente la partición que había realizado anteriormente? En principio, las facultades de todo contador-partidor quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales, por lo que posteriormente no puede modificarla, por su exclusiva y unilateral decisión. No obstante, la jurisprudencia suele enlazar esta afirmación con otra: el cese del contador-partidor procede cuando la partición inicialmente practicada ha sido aceptada por los herederos interesados, y, en consecuencia, sí cabe la nueva partición contando con el consentimiento de los mismos (STS 25.4.1994, TOL 1.665.393)».

bienes conforme al art. 1079 CC, pero éste no es el caso enjuiciado por la Sentencia, sino que lo que tiene lugar aquí es la alteración de la partición inicialmente realizada.

En consecuencia, de acuerdo con la Sentencia comentada, el cargo de la contadora-partidora quedó extinguido con el otorgamiento de la escritura de partición de fecha 15 de julio de 2005. Dichas operaciones particionales fueron aceptadas por los coherederos que tomaron posesión de los bienes adjudicados como consecuencia de la partición. Las nuevas circunstancias representadas por la declaración de la validez de la donación de 2002 que no fue tenida en cuenta «no permitía a la contadora recuperar una función que se había extinguido (por lo que no hay infracción de los arts. 1057, 675, 1056 y 1062 CC), de modo que toda actuación ulterior es incumbencia de los herederos y, en su defecto, del juez».

La segunda de las cuestiones planteadas en la Sentencia comentada es acerca del carácter colacionable de la donación remuneratoria de las participaciones sociales que el padre realizó en favor del hijo. La sentencia recurrida en casación entendió que la citada donación no era colacionable, siendo procedente el complemento de la legítima que el hijo demandaba.

Entiende el TS que la donación es colacionable, no siendo necesario el complemento, puesto que el valor de la donación supera el de la cuota hereditaria que debe recibir en concepto de legítima. El carácter colacionable de la donación se defiende en este caso, aunque se trate de una donación remuneratoria.

En la doctrina científica, mayoritariamente, se ha venido entendiendo que la donación se debe colacionar en la cantidad que exceda del valor del servicio prestado³³. No obstante, en la Sentencia comentada, defiende el TS que no debe hacerse distinciones entre la donación remuneratoria y la donación simple, dependiendo, en

³³ ROCA JUAN, 1980, p. 685: «El concepto aparece de los artículos 619 y 622. El mismo carácter de remuneratorias, como hechas en atención de los méritos del donatario o de los servicios prestados al donante, induce a considerar estas donaciones como tácitamente dispensadas de colación. Sin embargo, al no tener el carácter de deuda exigible, y no poder presumirse la dispensa, que ha de ser “expresamente dispuesta” por el donante, habrá que considerarlas colacionables, por aplicación de la regla del artículo 622 *in fine*, en la parte que exceda del valor de los servicios prestados». ALBALADEJO GARCÍA, 1986, *consultado en versión digital*: «En tema de colación y reducción, la aplicación del artículo 622 lleva a concluir que lo mismo las donaciones onerosas, o con carga, que las remuneratorias, están sometidas a colación y reducción solo en la parte en que el valor de lo donado supere el de la carga imputada o el del servicio remunerado». *Vid.* VERDERA IZQUIERDO, *RCDI*, 2008, p. 2066: «La idea que se va imponiendo, y que recoge la jurisprudencia, es que se colacionarán en la cantidad que exceda del valor del mérito o servicio que se compensa o que se ha prestado. Se colacionan los bienes recibidos en la parte en que se ha producido el enriquecimiento y el correspondiente empobrecimiento. Así, la colación no se justifica tanto porque se haya realizado a título lucrativo (art. 1035 del Código Civil), sino porque ha supuesto un enriquecimiento y un empobrecimiento».

todo caso, de la voluntad del causante. «La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación. Es decir, que aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el artículo 1036 CC exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad». Sin embargo, en este caso, aunque el donante dispensase expresamente de la colación en el documento privado de donación, en el testamento otorgado expresamente manifestó que las donaciones hechas en favor de los hijos eran colacionables.

Ello debe conectarse con la siguiente cuestión que es la de la revocabilidad de la dispensa de colación³⁴. A esta cuestión había respondido afirmativamente Vallet de Goytisolo, excepto en el caso de que la donación (donde se dispensa de colación) se contenga en capitulaciones matrimoniales. El TS admite en la Sentencia comentada la posibilidad de revocar la dispensa de colación hecha en el momento de la donación, ello puesto que «[c]on independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo VIII, vol. 2 (arts. 618-656 CC), Edersa, 1986.
- *Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, t. V, v. I, Librería Bosch, Barcelona, 1979.
- BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, ed. G. Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- BOSCH CAPDEVILA, E.: «Causas de invalidez del contrato», en AA.VV. coord. Vaquer Aloy, A., *Derecho europeo de los contratos*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 459-545.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «Comentario al artículo 1058 CC», en AA. VV. (dir. Cañizares Laso, A., *et alii*), *Código civil comentado*, t. II, Civitas, Madrid, 2016, pp. 1743-1744.
- COSTAS RODAL, L.: *La ineficacia de la partición de la herencia*, Dykinson, Madrid, 2005.

³⁴ LASARTE ÁLVAREZ, *RCDI*, 2012, pp. 1305 ss.

- DEL POZO CARRASCOSA, P.: «Capítulo VI. La partición de la herencia», AA. VV. Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.), *División de la comunidad de bienes*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 169-245.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario al artículo 1047 CC», en AA. VV. (dir. Cañizares Laso, A. *et alii*) *Código civil comentado*, t. II, Civitas, Madrid, 2016, pp. 3175-3176.
- «Comentario a la Sentencia de 8 de junio de 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 89/2012 (BIB 2012\1089), pp. 1 ss.
- ESPEJO RUIZ, M.: *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Dykinson, Madrid, 2013.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *Anuario de derecho civil*, vol. 45, núm. 1, 1992, pp. 377-418.
- «La partición realizada por los coherederos. Sus elementos», en AA. VV. coord. Cuenca Casas, M., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1721-1744.
- «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXX-I, 2017, pp. 5-78.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Notas sobre el justo título para *usucapir* y la sucesión *mortis causa*», *Anuario de derecho civil*, vol. 46, n. 4, 1993, pp. 1899-1922.
- GONZÁLEZ VALVERDE, A.: «La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3/2015 (BIB 2015\1398).
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1079 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, n. 1, 1966, pp. 55-80.
- KARRERA EGIALDE, M. M.: «Comentario a la Sentencia de 19 de julio de 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89/2012 (BIB 2012\1099).
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 731, 2012, pp. 1291-1328.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, t. V, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- PLANIOL, M.; RIPERT, G.: *Traité pratique de droit civil français. Successions*, t. IV, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1928.
- RIBOT IGUALADA, J.: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n. 3, 2015, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, pp. 1-66.
- ROCA JUAN, J.: «Notas sobre la colación», en AA. VV., *Derecho y Proceso*, Universidad de Murcia, 1980.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, t. V, Bosch, 8.ª ed., Barcelona, 1998.
- RUBIO GARRIDO, T.: «La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8/2009 (BIB 2009\1686), pp. 19-28.
- SANTAMARÍA ANSA, J.: «Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de actos jurídicos de su causante», *Revista de Derecho Privado*, 1961, pp. 271-283.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «El principio del *favor partitionis*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, n. 1, 1990, pp. 5-24.

- VERDERA IZQUIERDO, B.: «El régimen de colación de gastos en el Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 709, 2008, pp. 2031-2072.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología del justo título en la usurpación: Crónica de una cuestión pendiente», *Anuario de derecho civil*, vol. 54, n. 2, 2001, pp. 547-680.

