

poderes y no dejar nada al arbitrio de los comisarios o, cuando menos, ninguna cosa de interés. Agréguese a esto que para dar tales comisiones hay que guardar las mismas solemnidades y que buscar los mismos testigos en calidad y en número que para otorgar testamento, de modo que ni siquiera tienen la ventaja de facilitar en ciertos casos el otorgamiento de la última voluntad. Por lo tanto, volveremos a repetir: ¿Qué utilidad trae ese modo indirecto de hacer testamento?" "Admite, no obstante, que, supuestas las palabras de la Ley, los comisarios autorizados especialmente pueden escoger el hijo que ha de ser mejorado, pero teme que el hijo mejorado pueda no ser el que quería el comitente. Por lo cual concluye con un dilema insoluble que le lleva a proponer la desaparición del testamento por comisario: si interpretando la legislación vigente del modo más estricto y como aconseja la prudencia, se limitan considerablemente las facultades de los comisarios, los poderes para testar son completamente inútiles; si interpretando los textos con alguna más latitud, ampliamos estas facultades, se autorizan casi los mismos fraudes y abusos que quisieron corregir las Leyes de Toro (121).

#### 6. *Ante el Apéndice de Galicia.*

Después del examen de la Ley XXXI de Toro, podemos ya extraer las conclusiones que importan a nuestro objeto.

Al amparo de esa norma jurídica, y al servicio de la conservación de la casa petrucial, tuvieron aplicación en Galicia hasta el Código civil las cláusulas de delegación de la facultad de mejorar (122).

Si con CASTRO admitimos la posibilidad de una costumbre *secundum legem*, habida cuenta de que una misma Ley puede tener más de una interpretación posible y decidirse el uso reiterado a favor de una de ellas (123), no resulta difícil encajar nuestro supuesto en el

(121) CÁRDENAS. *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el proyecto de Código civil*, Madrid, 1852, págs. 85 y 86.

A la misma dirección de pensamiento responde SÁNCHEZ ROMÁN cuando afirma: "Al comisario le estaba prohibido (ley 31 de Toro, 1.ª, tít. 19, lib. X, Nov. Rec.) nombrar heredero, mejorar, desheredar, sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni en otra forma cualquiera, ni nombrar tutor, a no ser sujetándose estrictamente a lo que sobre cada una de estas cosas se dispusiera en el poder, o sea, limitándose a reproducir en el testamento que otorgara el comisario lo que el comitente consignó en aquél. Este criterio de las leyes de Toro respondió al propósito de evitar los fraudes o excesos de los comisarios, que las mismas se propusieron corregir; pero hizo completamente inútil esta forma excepcional de testar, porque si el poder era general, testaba la ley, y si era especial, testaba el mismo poderdante" (*Estudios de Derecho civil*, VI, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1910, pág. 315).

(122) Refiriéndose a las costumbres de Bergantiños, escribía VICENTE STOLLE Y ALVAREZ, antes del Código civil que era frecuente facultar al cónyuge viudo para designar al hijo en quien había de recaer el derecho de vivir y morir en el lugar (*De la compañía gallega*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", tomo 68, 1886, pág. 57).

(123) *Derecho civil de España, Parte general*, I, pág. 318. nota 3.

artículo 12 del Código civil, y proponer se inserte en el Apéndice que ha de redactarse para el Derecho especial de Galicia, la norma que permita considerar plenamente válidas las fórmulas notariales de que antes hicimos mención, no sólo la que autoriza a mejorar al hijo que se case para la casa petrucial, con el consentimiento del cónyuge superviviente del causante, sino también la que otorga a éste de modo directo la facultad de atribuir la mejora, ni más ni menos que ocurría bajo el régimen de las Leyes de Toro (124).

¿Es, acaso, temerario pretender para Galicia que se dé viabilidad a una fórmula que tiene cauce adecuado en Cataluña, Mallorca, Vizcaya, Navarra, Aragón y en los territorios de Derecho común, donde se practican las capitulaciones matrimoniales?

Mallorca y Navarra conservan, por vía consuetudinaria, lo que, por vía consuetudinaria, se ha venido viviendo en Galicia antes y después del Código civil (125).

Y Vizcaya aplica como supletorio el viejo Derecho castellano, por vía consuetudinaria también (126).

¿No quisieron extender en este punto los redactores del Código civil de 1851, y siguiendo sus pasos los del 89, el criterio de las legislaciones forales? (127).

Negar validez a esas cláusulas sería notoria injusticia para Galicia en tema ciertamente grave.

(124) SÁNCHEZ ROMÁN afirma, al estudiar el art. 831 del Código civil, que en el fondo "se percibe la nota de *delegación* característica del testamento por comisario" (*Estudios*, VI, 2.º, pág. 1214). Y VALVERDE califica de comisario al cónyuge superviviente (*Tratado de Derecho civil español*, V, 4.ª ed., Valladolid, 1939, pág. 285).

(125) La sentencia de 16 de marzo de 1932 no puede ofrecerse como obstáculo por ser declaración aislada que no constituye jurisprudencia.

(126) RODRIGO JADO escribe: "como el Derecho común vigente, el Código civil, prohíbe el testamento por comisario, hay imposibilidad de que sea supletorio el Fuero en esa materia, luego necesariamente tiene que serlo el Derecho común anterior, que admitía esa clase de testamento; y si no se quiere conceder el que sea supletorio como tal Derecho común por haberlo derogado el Código civil en su disposición final, vendrá a ser supletorio como Derecho consuetudinario" (*Derecho civil de Vizcaya*, 2.ª ed., Bilbao, 1923, pág. 269).

(127) Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1852, págs. 107 y 108.

# Dos aspectos de la partición hecha por el testador

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Profesor Adjunto de Derecho civil  
en la Universidad de Granada

SUMARIO: *Preliminar.*—*Primer aspecto: Sólo el testador puede partir.*—I. *Opinión de ROCA SASTRE y refutación de la misma.*—II. *Jurisprudencia.*—III. *Doctrina.*—*Segundo aspecto: La partición debe llevar a la práctica el acto dispositivo.*—I. *Planteamiento de la cuestión.*—II. *La doctrina.*—III. *La jurisprudencia:* 1. *Jurisprudencia en la que se mantiene que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima:* A) *Sentencias del Tribunal Supremo en las que se hace explícitamente tal afirmación;* B) *Sentencias en las que se contiene implícitamente;* C) *Resoluciones de la Dirección General;* 2. *Jurisprudencia en la que se requiere que la partición se atenga al acto dispositivo;* 3. *Jurisprudencia en la que se recoge explícitamente el artículo 1.075;* 4. *Jurisprudencia en la que se exige que la partición hecha por el comisario lleve a la práctica las disposiciones testamentarias.*—IV. *El artículo 1.075 del Código civil:* 1. *Precedentes históricos;* 2. *P 6, 15, 9, no es precedente del artículo 1.075, sino del artículo 1.070, 1.º;* 3. *La partición hecha por el difunto en el Proyecto de 1851;* 4. *El artículo 1.075 del Código y el 923 del Proyecto;* 5. *Interpretación que da nuestra doctrina al artículo 1.075;* 6. *Nuestro punto de vista sobre dicho artículo:* A) *El artículo 1.075 del Código modifica lo que decía el 923 del Proyecto;* B) *Lo que realmente dice el artículo 1.075;* C) *Los términos “difunto” y “testador” utilizados en el artículo 1.075;* D) *Disposición y partición;* E) *La partición que discrepe de la disposición no prevalece contra ella, sino que es impugnabile por lesión;* F) *Las palabras “aparezca o racionalmente se presume que fué contra la voluntad del testador” se refieren a que la partición discrepe de la disposición, y no a que el testador permita impugnar por lesión, aunque ésta no alcance a la legítima;* G) *Lesión, impugnabilidad por lesión, discrepancia entre disposición y partición, y “otra voluntad del testador”, coinciden siempre;* H) *Tres fórmulas en que se puede verter el sentido del artículo 1.075;* I) *El artículo 1.075 permite impugnar por lesión la partición hecha por el testador siempre que haya lesión.*—

V. *Concepto de lesión*.—VI. *Si la lesión debe ser en más de un cuarto*. VII. *Momento en que debe apreciarse*.—VIII. *Verdadero sentido del artículo 1.056*.—IX. *Lesión y evicción*: 1. *Relaciones entre ambas*; 2. *Vicios ocultos*; 3. *Si no debe existir obligación de garantía*.—X. *Conclusión*.

## PRELIMINAR

Si el artículo 1.056 hubiese dicho: “Cuando el causante hiciere por actos inter vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto se ajuste a *lo dispuesto* en el testamento o, en su defecto, en la ley”, y el 1.075 se hubiese expresado: “La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que no se atenga a los términos del *llamamiento* testamentario o legal”, ambos artículos habrían dado lugar, sin duda, a menos quebraderos de cabeza. Si, aun sin esto, el legislador hubiese empleado otras palabras distintas de las que emplea en dichos artículos, hubiese sido, probablemente, mucho más fácil poder suponer que no quería decir lo que—según un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia—debió pretender, o hubiese sido, al menos, relativamente menos difícil poder interpretar ambas normas de alguna manera que permitirse evitar una flagrante contradicción legal y unas consecuencias inadmisibles, según creemos. Pero no, a lo que—según ese sector de nuestras doctrina y jurisprudencia—parece, el legislador quiso dejar sentadas, y bien sentadas, dos cosas y resueltas dos cuestiones: una, que la partición sólo podía practicarla el testador; otra, que esa partición sólo podría impugnarse por lesión en el caso de que perjudicase la legítima. Casi podríamos decir que para conseguir éstos fines—si realmente fué esa su intención—utilizó, con lamentable acierto, expresiones que, a primera vista, no sólo vertían con claridad su pensamiento, sino que hacían tarea erizada de obstáculos la de tratar de encajar dentro de ellas un sentido distinto y—por lo que respecta a la segunda cuestión—ortodoxo.

De la verdad de estas afirmaciones no hay mejor prueba que el echar una ojeada a los artículos en cuestión: “Cuando el testador—dice el 1.056—hiciere, por actos entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.” “La partición hecha por el difunto—remacha el 1.075—no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fué otra la voluntad del testador.”

Sólo en las dos cuestiones antedichas vamos a parar nuestra atención. En la primera: si puede partir todo causante o sólo el testador, nos detendremos lo imprescindible para ratificar una opinión que ya emitimos, y para mostrar la relación que su solución tiene con la segunda. De ésta vamos a hacer un examen más detenido en atención a su trascendencia.

## PRIMER ASPECTO

## SÓLO EL TESTADOR PUEDE PARTIR

Hemos dicho en otro lugar (1) que respecto a quién sea el que pueda partir su herencia, nuestra postura es: 1.º) entender que el Código sólo se lo permite al testador; 2.º) entender, asimismo, que sería razonable autorizar, también, para ello, al que muere abintestato. En las mismas condiciones que se permita hacerlo a uno se debe permitir hacerlo al otro, porque no hay fundamento alguno en que basar tal disparidad de criterios.

## I. Opinión de Roca Sastre y refutación de la misma

Después de escrito ese trabajo nuestro, a que aludimos, hemos leído el recientemente aparecido tomo II de los *Estudios de Derecho privado* de ROCA SASTRE, dedicado a Sucesiones, y en el tema titulado "La partición de la herencia por acto inter vivos", hemos observado que sostiene tajantemente: "Está facultado para hacer la partición, no sólo el testador, sino el causante en general, o sea, incluso quien muere intestado" (2).

Debemos advertir, por no haber cambiado de idea, nuestra falta de coincidencia con su afirmación. Así que, a pesar de continuar deseando que fuera lo que él afirma que es, no por eso mantenemos menos firmemente que ni realmente lo es ni admitimos que el que lo afirme esté en lo cierto.

Alega ROCA escasas razones. "Dicho artículo 1.056 del Código —dice—habla de *testador* y no de *causante*. El Proyecto de 1851 hablaba del difunto, y también lo hace así el artículo 1.075 del Código civil. La sentencia de 13 de junio de 1903, en rigor, viene a declarar que goza de esta facultad de hacer la partición de su herencia, tanto el testador como el que fallece intestado, pues en ella se dice que el causante debe sujetarse a la norma de un testamento... o a las reglas de un abintestato" (3).

Fundamentalmente militan en contra de estos débiles argumentos razones mucho más numerosas y de más peso.

Nos parece, en primer término, que es muy de tener en cuenta el propio artículo 1.056, que, siendo el que concede la facultad de partir, sólo habla del testador. Con esto debería bastar. Por si no es así, aún hay más. El artículo 1.057 dice: "El *testador* podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la sim-

(1) En un trabajo titulado *¿Causante-partidor o testador-partidor?*, que no hemos publicado por habernos servido para ser admitidos a las últimas oposiciones convocadas a Cátedras de Derecho civil.

(2) Pág. 379.

(3) Ob. cit., págs. 379 y 80.

ple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos". O sea, puede encomendar la simple facultad de hacer la partición aquel que puede hacerla por sí: el *testador*. El artículo 1.058 se expresa así: "Cuando el *testador* no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad...". Aquí no observamos por ningún lado la concesión de la facultad de partir al *causante*. En el artículo 1.070 se lee: "La obligación a que se refiere el artículo anterior sólo cesará en los siguientes casos: 1.º) Cuando el mismo *testador* hubiese hecho la partición...".

Frente a todo esto no tiene ninguna fuerza alegar que el artículo 1.075 dice: "La partición hecha por el *difunto*...", para probar que todo difunto pudo partir, ya que aunque se exija testamento para poder partir, no es inexacto hablar de *difunto*, porque no cabe duda que el término cuadra también al testador que ya murió. Se podrá decir que todos los difuntos no son testadores, pero se puede responder que para que se aplique el artículo 1.075 es imprescindible que el testador sea difunto. Este artículo no incurre en ninguna equivocación ni es base para afirmar que puede partir *todo difunto*—causante—, porque sólo le incumbe la misión de enlazar un supuesto de hecho: "cuando la partición hecha por el *difunto* se encuentre en tales y tales circunstancias", con una consecuencia jurídica: "se producirán tales efectos".

La existencia de particiones hechas por difuntos es algo perfectamente posible, según nuestro Derecho, lo mismo que es perfectamente posible la existencia de un llamado a ser heredero que repudie la herencia. Sin embargo, porque el artículo 1.001 diga: "si el heredero repudia la herencia...", no hay fundamento para afirmar que *todo* heredero puede repudiarla. No pueden repudiarla aquellos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de ella (art. 1.002) (3 bis).

Ni el artículo 1.075 prejuzga que *todo* difunto pueda *partir*, ni el 1.001 que *todo* heredero pueda *repudiar*. Para eso, para decir qué difuntos podían haber partido—los que hubiesen testado—y qué herederos pueden repudiar—los que no hayan sustraído u ocultado ningún efecto de la herencia—, hay otros artículos: el 1.056 y el 1.002.

Ni el 1.075 prueba que *todo* difunto pueda partir ni el 1.001 que *todo* heredero pueda repudiar.

Hemos de añadir que no solamente no se les debe traer como piezas probatorias, sino que tampoco habría por qué traer a colación el 1.075, ni siquiera para insinuar que al hablar de *difunto* se dé pie para entender que la facultad de partir no se reserva exclusivamente al testador. Y esto, porque no es preciso decir: "La partición hecha por el difunto, que pueda hacer particiones—testador—...". Y no lo es tampoco: "Si el heredero, que pueda repudiar, repudia...". No es necesaria ninguna de ambas cosas porque en la mente de todos está, y la manera común y usual de expresarse así lo indica, que, por omitirlas, ni se modifica lo dicho en el artículo precedente, sobre quiénes pueden

(3 bis) Como es a meros efectos de ejemplo, preferimos no utilizar el supuesto del art. 1.001.

partir su herencia, ni se permite repudiar, a pesar del artículo 1.002, al que oculta o sustrae algún efecto de ella.

En resumen, para ver a quién concede un derecho la ley, hay que acudir a la norma donde se concede, y, contra lo que ésta diga, no cabe aducir cualquier dudosa interpretación de lo dicho en otras normas, y menos en un supuesto como éste, en el que es perfectamente posible y, aún más, marcadamente indicada—en vista de toda una serie de artículos: 1.056, 1.057, 1.058, 1.070—una interpretación del 1.075 que lleve a una solución armónica. Porque es que, a más de todo lo anterior, hemos de advertir que si alguien, como ROCA SASTRE, pudo entender que el artículo 1.075—al decir: “La partición hecha por el *difunto*”—tiene un comienzo desfavorable para la tesis que mantenemos, no podrá ese alguien negar que el final—“... la voluntad del *testador*”—abona decididamente nuestro punto de vista (4).

Otra prueba de que nuestro Código permite partir su herencia sólo al testador, es el sistemático cambio que se nota, respecto del Proyecto de 1851, del término *difunto* por el término *testador*.

El artículo 899 del Proyecto—correspondiente al 1.056 del Código—hablaba de difunto. Lo mismo hacía el 902—correspondiente al 1.058—y el 918—correspondiente al 1.070, apartado 1.º—. En todos ellos se sustituyó difunto por testador. Incluso al recoger el artículo 1.057 del Código, en su párrafo 1.º, el contenido del artículo 900 del Proyecto, se cuidó muy bien el legislador de advertir que quien podía encomendar a otro la simple facultad de hacer la partición de su herencia era el *testador*. Esto es de tener en cuenta porque el artículo 900 del Proyecto, dando por sabido que se refería al difunto, sólo decía: “La simple facultad de hacer la partición puede cometerse en vida o en muerte a otro cualquiera, con tal que no sea uno de los coherederos”.

Todo ello muestra que el hablar el artículo 1.075—correspondiente al 923 del Proyecto—de *difunto* no es argumento para justificar la tesis de ROCA. Y menos siendo el único dentro del Código.

## II. Jurisprudencia

La jurisprudencia, aunque en una primera sentencia de 13 de junio de 1903 decidió que podía partir *todo* difunto, cambió posteriormente su orientación, y en las sentencias de 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1945 se inclina por entender concedida la facultad de partir exclusivamente al testador.

La sentencia de 6 de marzo de 1945 dice: “La doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la *dicción, referida premeditadamente al testador (no al difunto,*

(4) Sobre el sentido de *difunto* en su relación con *testador*, en el art. 1.075, véase más adelante.

como decía el artículo 899 del Proyecto de 1851), entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, *implica un acto de última voluntad*. Siguiendo esa misma orientación, la doctrina de esta Sala tiene declarado: *que la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior*, en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean, las de la sucesión intestada (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917)...”

Creemos que la sentencia se expresa con suficiente claridad para no dejar lugar a dudas.

Como dato curioso referente a la sentencia de 13 de junio de 1903, podemos añadir que COVIÁN, que fué ponente de ella, cree que del artículo 1.056 se deduce claramente que el Código sólo autoriza a partir al testador. Y, lo que es más notable aún, afirma que siguiendo esta pauta la sentencia de 13 de junio de 1903 exige que exista un testamento (5).

Ante ello cabe pensar que, salvo una confusión de COVIÁN, ésa única flamante sentencia que permitía partir a todo causante lo hizo por *error impropio u obstativo* (6).

### III. Doctrina

Finalmente, la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904, y la inmensa mayoría de los autores de la doctrina patria (MANRESA, SCAEVOLA, OYUELOS, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, DE DIEGO, CASTÁN, BONET, etc.) opinan que sólo puede partir el testador.

En contra de la tesis que defendemos sólo conocemos las opiniones de DE BUEN (7), y MARÍN LÁZARO (8). Claro que la de éste tiene, en definitiva, como causa el creer que en nuestro Derecho existe, admitido por el artículo 1.056, el tipo de donación-partición acogido en el Derecho francés y en algunos otros. En cuanto a la de DE BUEN se puede atribuir a los términos de la sentencia de 13 de junio de 1903, la cual, sin más comentarios, transcribe.

(5) En el artículo *Partición de herencia*, “Enciclopedia jurídica española” SEIX, t. XXIV, pág. 360.

(6) Sobre la inexactitud que supone el que en la sentencia de 6 de marzo de 1945 se invoque la de 13 de junio de 1903 para demostrar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estimó en todo momento que sólo estaba permitido partir al testador, puede verse nuestro trabajo antes citado. También en él las razones por las que, sin lugar a dudas para nosotros, la sentencia de 13 de junio de 1903 permite partir a todo causante.

(7) En COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. VIII. Madrid, 1928, pág. 434.

(8) *La partición de la herencia hecha por acto inter vivos*, en “Rev. General de Legislación y Jurisp.”. 1944. t. 176, págs. 213 y sgs.



## SEGUNDO ASPECTO

LA PARTICIÓN DEBE LLEVAR A LA PRÁCTICA EL ACTO DISPOSITIVO

## I. Planteamiento de la cuestión

No es este segundo punto de la partición practicada por el testador un punto en el que reine precisamente la unanimidad. Jurisprudencia y doctrina proporcionan opiniones dispares. El Tribunal Supremo, alguna vez, advierte que la partición ha de ajustarse a lo *dispuesto* en el testamento, mientras que otras—la inmensa mayoría—proclama que, como claramente se desprende del artículo 1.056, la partición no tiene más límite que el de no perjudicar la legítima, y que, mientras que ésta no sufra perjuicio, no solamente no puede atacarse la partición realizada por el testador, sino que tampoco puede impugnarse la que realice el comisario nombrado por aquél.

Algo semejante pasa en la doctrina. Junto a quien repite las palabras del Código, se hallan los que consideran que el testamento, como norma fundamental que regula la sucesión, debe respetarse en la partición, y pretenden, con más o menos fundamentos y acierto, conciliar esa afirmación con los artículos 1.056 y 1.075. Al lado de ambos, no faltan quienes expresamente llegan a asegurar que la partición no ha de ajustarse a las cuotas o partes determinadas en la disposición por la que se llama a suceder. A lo cual, si se le añade que algunos creen con facultad para partir a *todo* causante, resulta que el testamento es un inútil negocio jurídico que no es, ni con mucho, imprescindible para disponer *mortis causa*. De otro modo—con la partición—el causante puede dar a la herencia un destino distinto del que le da la ley en la sucesión intestada. Y ya, si se enlazan con esto las facultades que se reconocen en el comisario—las mismas que para partir tenía el que le confiere el encargo—nos encontramos con que lo que sucede es que el que puede hacer, sobre poco más o menos, lo que le plazca con nuestra herencia, salva la legítima—¡qué menos!, puesto que ni el propio causante puede violarla—, es el comisario que nombramos para partirla.

Esto que, dicho así, parece un respetable conjunto de inexactitudes—lo cual no quiere decir que no lo sea—, adquiere, sin embargo, un consistente fundamento cuando se comprueba que el Código realmente o lo dice o le falta muy poco.

## II. Doctrina

DE BUEN (9), CASTÁN (10), etc., transcriben las palabras del Código, y este último advierte: “Atento el Código al principio de que la

(9) Ob. cit., t. cit., págs. 433-34 y 446.

(10) *Derecho civil (Notarías)*, 6.ª edic. t. IV, pág. 218. Véase también página 249.

voluntad del causante es ley fundamental de la sucesión, concede al testador facultad amplísima para hacer por sí la partición, sin otro límite que el respeto debido a las legítimas."

BONET, que en su *Derecho de familia y sucesiones* (11) transcribe —como decimos— las palabras del Código, en el comentario a la sentencia de 6 de marzo de 1945 dice: "En cuanto al modo de practicar la partición, el testador es libre y sus herederos han de pasar por lo que haga, en tanto no perjudique la legítima de los forzosos. El perjudicado tiene el recurso del artículo 1.075, en relación con el 815, o sea, la petición del complemento de su legítima" (12).

MANRESA, después de ensalzar la posibilidad de partir su herencia que concede nuestro Código a los testadores, distingue entre disposición de los bienes—designación del sucesor—y partición o división de los mismos: "Esta designación es el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, y ese acto forzosamente ha de contenerse en el testamento, por lo cual es siempre un acto de última voluntad, que requiere las formalidades propias de éste, según los casos. Después viene la segunda parte, la *división ajustada a las bases de aquella disposición*, y esta división es la que puede hacer el testador en el mismo testamento, en otro distinto o en acto entre vivos" (13).

Así, pues, parece inclinarse MANRESA por que la división debe atenerse a la disposición. Y lo mismo cuando advierte: "Por lo demás, la voluntad del dueño de los bienes siempre ha de respetarse; pero sus efectos serán los procedentes según la naturaleza del acto principal que es el de disposición de los bienes" (14).

Pero poco después se decide claramente por afirmar que "el testador es enteramente libre en la manera de realizar la partición. El artículo 1.056 sólo le impone dos condiciones: 1.ª) que esté practicada por él mismo. 2.ª) que no perjudique la legítima de los herederos forzosos" (15).

Recalca MANRESA que "la partición es válida *en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos*" (16), y admite que el testador pueda "extralimitarse al partir, adjudicando bienes por cuotas mayores que las asignadas por la ley o en el testamento" (17). Y todo esto lo ratifica definitivamente al comentar el artículo 1.075, diciendo: "La única excepción es la consignada en el artículo 1.075. La partición hecha por el difunto sólo puede ser impugnada, por causa de lesión, en los tres casos siguientes: a) Cuando se perjudique la legítima de los herederos forzosos. b) Cuando el testador, al hacer la partición,

(11) Págs. 619 y 629.

(12) "Rev. de Derecho privado", 1945, pág. 450.

(13) *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 6.ª edic. revisada por BONET, Madrid, 1943, pág. 635.

(14) Ob. cit., t. cit., pág. 636.

(15) Ob. cit., t. cit., pág. 637.

(16) Ob. cit., t. cit., pág. 638.

(17) Ob. cit., t. cit., pág. 664.

expresamente establezca que pueda ser rescindida por causa de lesión. c) Cuando racionalmente se presuma que fué esa su voluntad" (18).

SCAEVOLA, sin tener ni siquiera el titubeo inicial de MANRESA, afirma categóricamente, lo mismo al comentar el artículo 1.056 que al tratar del 1.075, que da por bueno lo hecho por el testador al partir con tal de que no viole las legítimas: "Si ese testador, al llevar a cabo por sí mismo la partición de su herencia, concede, por razón de la estimación que haga o mande hacer de los bienes que adjudique a determinados herederos o legatarios, menor cantidad que la fijada previamente en su testamento, esa disposición será la que en último término habrá de prevalecer, y a ella habrán forzosamente de prestar su aquiescencia dichos herederos, ya que procede de la liberalidad y merced voluntaria del que dispuso de su hacienda, y con eso contará de más en su patrimonio el favorecido con dicha merced... Podría objetarse (y eso con argumentación admisible nada más que en el Derecho constituyente) que si se establece esa preferencia en favor de lo último resuelto por el difunto acerca de sus bienes, se da a tal resolución el carácter de un verdadero testamento posterior, que deroga el anterior, en ocasiones; y entonces aquél puede, a veces, no reunir todas las condiciones intrínsecas y extrínsecas que obligan ineludiblemente a todo testador al disponer en forma eficaz de su fortuna para después de su muerte. Si ese caso se diera, "*dura lex, sed lex*"; el precepto escrito está terminante, y a no borrar nuestro artículo 1.075, lo mandado por el legislador, en el supuesto concreto que explicamos, debe tener el cumplimiento que las terminantes y no vagas palabras del legislador exigen" (19).

Parecidamente se manifiestan COVIÁN (20) y FALCÓN (21). Para éste, "si la partición la practica el mismo testador, al heredero no le asiste más derecho que el de reclamar contra la parte referente a la legítima, si en ella se le ha irrogado algún perjuicio. Si el heredero no tiene porción legítima, no le asiste tampoco derecho alguno para oponerse a la operación que hubiere dejado hecha el testador".

Finalmente, la interpretación de los artículos 1.056 y 1.075, en el sentido que venimos viendo, culmina con las afirmaciones de ROCA SASTRE y de MARÍN LÁZARO. "Téngase en cuenta—dice el primero—que, según resulta del artículo 1.056 del Código, el causante puede distribuir sus bienes con entera libertad, o sea, sin sujetarse a las cuotas o particiones que, según la institución o el llamamiento legal, corresponden a los herederos, pues esta partición sólo cabe impugnarla en el caso de perjuicio de legítimas o cuando el causante hubiera sufrido error en la partición. Pero en estos casos, en rigor, no habrá verdadera partición, lo que demuestra que en la partición hecha por el causante

(18) Ob. cit., t. cit., pág. 760.

(19) Código civil español, t. XVIII, Madrid, 1901, pág. 445.

(20) Ob. cit., loc. cit., págs. 359 y 382.

(21) *El Derecho civil español común y foral*, 6.ª edic., Barcelona, 1902, t. III, pág. 441.

hay algo de disposición unilateral de bienes" (22). "En ninguna parte—dice el segundo—preceptúa la ley que toda disposición sobre la herencia futura haya de ser hecha en un testamento. Ya el artículo 1.271, permitiendo los pactos sobre ella, da a entender que no siempre es el testamento la única forma insustituible de dictar disposiciones testamentarias" (23).

Orientación distinta a la anterior se ve en VALVERDE, DE DIEGO y SÁNCHEZ ROMÁN. Recogen las afirmaciones del 1.056 y del 1.075, pero se advierte en ellos el deseo de una exégesis moderadora que, a veces, les lleva a contradecirse. Así VALVERDE, después de sentar que "el Código español confiere amplia facultad al testador para hacer por sí la partición, *sin más limitación que la general de no perjudicar a las legítimas*", y que "esta facultad es tan absoluta que lo mismo es aplicable a los testadores que tengan o no herederos forzosos, pues la partición hecha por el propio testador es, desde luego, un acto válido, y *no puede tener otro vicio de rescisión que el perjuicio a la legítima de los herederos forzosos*, y los herederos han de pasar por ella, sin que sea preciso que éstos la aprueben y presten su consentimiento"; afirma "que si la partición fué hecha en acto mortis causa, puede hacerse a continuación del mismo testamento o bien en otra disposición mortis causa posterior con las solemnidades debidas para testar; *pero si el testador hace la partición inter vivos, debe sujetarse a lo por él dispuesto en el testamento*", y añade: "*Si la partición está hecha inter vivos puede ser nula, rescindible o modificable, cuando no se ajuste al testamento del causante*, puesto que éste es la verdadera ley, y la partición no puede ser acto modificativo del testamento; pero si la partición fuera hecha a continuación del testamento o por acto posterior con las solemnidades para testar, habrá que atenerse a ella, por lo mismo que esta voluntad es la última y posterior del testador y, por consiguiente, debe prevalecer sobre la expresada en el testamento".

Naturalmente, ello es razonable; pero, después de decirlo, no cabe afirmar, como hace nuevamente VALVERDE, que "*como quiera que los herederos han de pasar por la partición hecha por el mismo testador, mientras no perjudique a las legítimas, es libre aquél para hacerla como quiera*" (24).

DE DIEGO, después de estudiar los preceptos legales, advierte: "No obstante esto, forzoso es reconocer que esa autopartición del testador puede estar en contradicción con su testamento, cuya ejecución representa (a menos que hecha en otro acto con las solemnidades del testamento implique una modificación del anterior), o con las bases en él

(22) Ob. cit., pág. 381.

(23) Ob. cit., loc. cit., pág. 231. Desde luego, el testamento es la única forma de dictar disposiciones testamentarias, aunque crea MARÍN LÁZARO (y con razón, debido a escasas excepciones entre las cuales no se cuenta el art. 1.056) y quiera probablemente decir, que no es la única de dictar disposiciones de última voluntad.

(24) *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª edic., Valladolid, 1926, t. V, páginas 578-79-80.

establecidas, con la voluntad misma que le informe; puede también, por el tiempo transcurrido desde que se hizo hasta la muerte del testador, haber variado la composición del patrimonio (enajenaciones, accesiones...) y aun de la familia misma por muerte de uno de ellos o por supervivencia de hijos...; en tales casos, como si la partición estuviera desprovista de requisitos legales, parece justo otorgar a los tales herederos el derecho a impugnarla o modificarla y aun a promover el juicio de testamentaria, como ya fué reconocido por la jurisprudencia (S. 29 noviembre 1889) para caso anterior al Código civil, en que se aplicaba la legislación antigua" (25).

Por último, SÁNCHEZ ROMÁN entiende que "la partición de la herencia es la ejecución del testamento, y uno y otra son actos que, como todos los jurídicos, necesitan conformarse exactamente con las leyes que los regulan; pero, así como el testamento está sujeto sólo a las leyes generales, la partición lo está de modo indirecto a aquéllas a través del testamento mismo y de modo directo a éste, que es su ley especial". De lo cual, atinadamente, deduce: 1.º Que "en toda partición hecha por el propio testador puede haber una causa natural de limitación más —más que la legítima— a su eficacia, cual es la de que la división de la herencia por él formulada no se ajuste a sus disposiciones testamentarias; a no ser que dicha división estuviere hecha, bien a continuación, en el mismo testamento, bien en otra disposición mortis causa posterior, con las solemnidades debidas para testar, pues en ambos casos las cláusulas de partición se ha de suponer que rectifican las de institución, a pesar de la unidad del acto interpretado con arreglo al criterio legal del artículo 675, por ser esto lo que "aparezca más conforme a la intención del testador" (26), o que la partición hecha en siguiente acto mortis causa, aunque se diga relativa a la ejecución de la anterior, constituye una nueva y revocatoria manifestación solemne de voluntad de la misma en los puntos en que ambas sean contradictorias". 2.º Que, "por tanto, será nula, rescindible o modificable la partición formada por el propio testador, cuando sea hecha por acto inter vivos y no se ajuste exactamente a la ley que deba regirla, que es el testamento del mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos inter vivos, no obstante ser notorio su cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el segundo acto de partición, para revocar la consignada en el primero de institución o disposición testamentaria, otorgada con arreglo a Derecho".

"Así fijada la doctrina—concluye—, resulta que la partición hecha por el testador no tiene en sí misma limitación alguna especial más

(25) *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, pág. 246.

(26) En este sentido, dice también MAURA: *Dictámenes*, t. IV, Madrid, 1930, página 260: "Cuando un testamento encierre adjudicaciones específicas mal acomodadas a los nombramientos de herederos o legatarios fácilmente se impondrán aquéllas sobre éstos, según la intención, que forma el alma de la verdadera ley sucesoria".

que la de ajustarse al testamento, bien anterior y separado que aquél otorgara, bien conjunto o simultáneo de la partición misma; pues la que consigna el artículo 1.056 de que no se perjudique con ella a la legítima de los herederos forzosos, afecta realmente a la disposición testamentaria y no a la partición. Lo absoluto de los términos literales del artículo 1.056, al decir *se pasará por ella*, refiriéndose lo mismo a la partición que el testador hiciera por acto entre vivos que por última voluntad, sin más limitación expresa que la de que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, pudiera creerse que se opone a esta doctrina; pero no debe entenderse así, si se tiene en cuenta que equivaldría a echar por tierra todas las formas de la testamentificación y a autorizar que se testara en este caso sin las debidas solemnidades”.

Admite SÁNCHEZ ROMÁN tres casos de impugnación—por lesión—de la partición hecha por el testador, basados en el artículo 1.075: 1.º) Cuando perjudique la legítima. 2.º) Cuando el testador disponga *expresamente* que pueda impugnarse en caso de lesión, aunque ésta no alcance a la legítima. Esto es lo que, para él, significa el artículo 1.075 al decir: “cuando *aparezca* que fué otra la voluntad del testador”. 3.º) Cuando *racionalmente* se presuma que *fué otra la voluntad del testador*, o sea, existencia de voluntad, *no expresamente* manifestada, de que la partición se rescinda en caso de lesión. Advirtiendo que “cuando exista contradicción entre la partición que hizo el testador y el testamento, habrá que subordinar aquélla a éste, que es la ley de su voluntad, mientras que aquélla no pasa de ser su ejecución más o menos fiel” (27).

### III. Jurisprudencia

El Tribunal Supremo ha tenido múltiples ocasiones de manifestar su punto de vista respecto al problema que tratamos. La jurisprudencia es abundante y casi uniforme. Por lo general, siempre entiende que el testador goza de amplia libertad para partir, sin más límite que el de no perjudicar la legítima. Sin embargo, en algún caso, estima que ha de ceñirse al acto dispositivo testamentario.

No solamente ha afirmado el Tribunal Supremo expresamente ambas cosas, sino que, al emitir fallos en casos de partición hecha por comisario, ha ratificado implícitamente la primera. En efecto, ha entendido también dicho Tribunal repetidas veces que el comisario tiene como único límite de la facultad de hacer la partición el de respetar la legítima. Ello es claro, implica entender que ese es, asimismo, el único límite que se impone al testador. La razón, obvia por demás, es la siguiente: aunque nosotros no lo admitamos, por las razones que luego veremos, sería algo quizá admisible—dentro de lo inadmisible—entender que, en los casos en que parte el testador, no tiene más cor-

(27) *Estudios de Derecho civil*, 2.ª edic., t. VI, vol III, págs. 1986-87-88 y 2114.

tapisa que la de los derechos legitimarios, mientras que en los que lo hace el comisario, debe éste atenerse a lo dispuesto en el testamento. Pero es totalmente inadmisibile la hipótesis de que el testador haya de partir según lo dispuesto en el testamento, mientras que el comisario sólo tenga el límite de la legítima. O sea, la afirmación de que por la partición hecha por el comisario se deberá pasar si no perjudica la legítima, implica, racionalmente, la de que sin ese perjuicio, también se deberá pasar por la hecha por el testador.

I. *Jurisprudencia en la que se mantiene que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima.*

· Dicho esto, vamos a recoger la jurisprudencia en la que explícita o implícitamente se adopta la primera postura, es decir, la de que basta con que la partición hecha por el testador respete la legítima. En primer lugar, las SS. de nuestro T. S.

A) *SS. del T. S. en que se hace explícitamente tal afirmación.*

Sentencia de 28 de diciembre de 1896: "El testador tiene amplia facultad de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes sin más limitación que la general de no perjudicar las legítimas de los herederos forzosos y de no dar este encargo a uno de los coherederos, según disponen los artículos 1.056 y 1.057, y lo sanciona el artículo 1.046 de la ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia de este Tribunal"... "el auto recurrido, al mandar que se proceda al nombramiento de contadores en la forma determinada en el artículo 1.070 de la ley de Enjuiciamiento civil, prescindiendo del nombrado por la testadora, al que deben someterse, según queda expresado, todos los herederos, salvo los recursos de los forzosos en cuanto se perjudiquen sus derechos legitimarios, infringe las leyes y la doctrina invocadas en los motivos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º y aplica indebidamente los artículos 1.039 y 1.070 de la ley de Enjuiciamiento civil".

Sentencia de 17 de mayo de 1910: "Según doctrina establecida por este Tribunal Supremo, de acuerdo con lo que disponen los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil, el testador tiene facultad para hacer por sí y confiar a otras personas la partición de sus bienes y derechos, sin más limitaciones que la de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos".

Sentencia de 11 de marzo de 1922: "Todo testador está facultado de derecho para hacer por sí o encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitación que la de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos".

Sentencia de 8 de mayo de 1926: "El testador, en los artículos 1.039, 1.045 y 1.046 de la propia ley—de Enjuiciamiento civil—, está facultado para prohibir que se promueva dicho procedimiento con tal que haya designado una o varias personas que con el carácter de albaceas conta-

dores, o cualquiera otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria, siendo aquella prohibición y las distintas reglas que, separándose de las ordenadas en la repetida ley Procesal, haya podido establecer el causante, de ineludible acatamiento para los herederos voluntarios, pero también para los herederos forzosos, a menos que estos últimos resultasen perjudicados o gravados en su legítima... Considerando que esto mismo es lo que se halla ordenado posteriormente en el Código civil, puesto que, reconociendo en su artículo 658 la facultad que tiene el testador para establecer la ley que regula la sucesión de sus bienes y derechos, condiciona, sin embargo, esta libertad, con la reserva que hace en el 806 en favor de los herederos llamados forzosos; y de ahí que este Tribunal Supremo, aplicando los artículos 1.056 y 1.057 del expresado Cuerpo legal, en armonía con los citados por la ley de Procedimientos, tenga declarado con repetición que tanto si aquél deja hecha por sí la partición como si la encarga a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, esto debe acatarse, mientras no se perjudique la legítima de aquellos a quienes no puede privarla ni restringirla el testador”.

Sentencia de 3 de diciembre de 1931: “... porque sin negar al heredero forzoso el derecho de promover el indicado procedimiento—juicio voluntario de testamentaria—, aun cuando el testador hubiese nombrado contadores partidores, ese derecho hay que subordinarlo al del testador de hacer por sí o de encomendar a otro la partición de sus bienes, sin más limitación que la general de no perjudicar la legítima y de no dar ese encargo a uno de los coherederos”.

Sentencia de 7 de enero de 1942: “El artículo 61 también invocado en este motivo como infringido se refiere a determinados actos que la mujer casada realice, pero no se refiere a los que realicen los albaceas o partidores testamentarios, los cuales reciben sus facultades del testador con arreglo al artículo 1.057 del Código civil, que establece que el testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, y apareciendo esta facultad como una delegación sin restricciones de la que al testador compete por virtud del artículo 1.056, hay que darle el mismo alcance y la misma eficacia que en este artículo se establecen y estimar, por tanto, que los herederos están obligados a pasar por la partición tanto si lo hace el testador como si la encomienda a otra persona, *en cuanto no perjudique a la legítima, que en este caso no existe por no tratarse de herederos forzosos, de donde se infiere, por lo que atañe a la presente cuestión, que los actos de los herederos, cualesquiera que hayan sido, con o sin la licencia marital, no han podido impedir que subsista la partición hecha por el albacea autorizado para ello*”.

B) *SS. en las que se contiene implícitamente.*

Sentencia de 22 de enero de 1913: “Reconocida al testador de un modo absoluto, tenga o no herederos forzosos, la facultad de hacer por



sí o de encomendar a otras personas la partición de su herencia, es incontestable que la practicada por los albaceas contadores y partidores designados al efecto con arreglo al artículo 1.057 del Código civil, es siempre un acto válido, por el que están obligados a pasar los herederos, en cuanto no perjudique la legítima de los forzosos”.

Sentencia de 16 de febrero de 1932: Se trata en esta sentencia de otro caso de división practicada por comisario, y se declara no haber lugar al recurso de casación. En la sentencia se dice: “... de la resolución que se impugna no se desprende que el recurrente quede privado de su legítima ni que sobre ella se imponga gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie”.

Sentencia de 6 de julio de 1940: “... y además, en todo caso, porque la autoridad de esta clase de contadores no es tanta que pueda impedir que recurran a los Tribunales los lesionados en sus *derechos legítimos*”.

En estas sentencias, al declarar que, no sólo el testador, sino también el comisario, puede partir la herencia, sin otro límite que el que impone el respeto debido a la legítima, se llega a una postura que consideramos de todo punto insostenible. Sin perjuicio de que volvamos sobre ello más adelante, conviene resaltar aquí que el afirmar semejante cosa es tanto como proclamar que el comisario puede violar las disposiciones testamentarias sobre la herencia, con tal de que no viole también los derechos legítimos. Y, en realidad, esto es lo que ha proclamado el Tribunal Supremo de una forma tajante e indudable, muy especialmente cuando, en la arriba transcrita sentencia de 7 de enero de 1942, sostuvo (después de dejar bien sentado que el facultar a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, para hacer la partición, es delegar *sin restricciones* los poderes que confiere al testador el artículo 1.056) que no habiendo legítimos no es posible impedir que subsista la partición que efectuó el comisario.

### C) *Resoluciones de la Dirección General.*

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tratado en algunas resoluciones este punto. Si en lo que se refiere al testador, ha dicho realmente alguna vez lo mismo que en las sentencias arriba transcritas dice el Tribunal Supremo; sí, también, ha concedido poderes excesivos al comisario, al menos ni ha remachado esto, sino que ha vacilado, ni se ha extendido en consideraciones poco aceptables a tal respecto.

Así, la resolución de 14 de marzo de 1901, dice: “Con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.056 puede todo testador hacer por sí la partición de sus bienes, y debe pasarse por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.”

En cuanto a la de 22 de enero de 1898, se hizo una advertencia en ella, según la cual para pasar por la partición hecha por el comisario

es preciso que ésta no altere *los derechos que deriven del testamento que es la ley primordial en la materia*. Advertencia que, verdaderamente, ni la propia Dirección tiene muy en cuenta después en la misma resolución—y por eso decimos que la Dirección vaciló—ni en otra de 15 de julio de 1943, pero que siquiera muestra, en todo caso, un impulso tendente a rechazar la concesión al comisario de plenos poderes, salvo la legítima.

Dice así la citada resolución de 22 de enero de 1898: “Considerando que el artículo 1.056 de dicho Código confiere al testador de un modo absoluto, sin distinguir el que tiene herederos forzosos del que no los tiene, la facultad de hacer por acto entre vivos y por última voluntad la partición de sus bienes, y prescribe además que *se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos*;

Considerando que lo dispuesto en dicho artículo, respecto a la partición que haga el testador, es aplicable a la que, *con arreglo al testamento*, verifique la persona a quien, conforme al artículo 1.057 del propio Código, haya encomendado aquél esta facultad, ya que es principio general de derecho que los actos ejecutados por el comisario dentro de sus facultades tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el comitente, y se reputan para todos los efectos jurídicos como practicados por éste;

Considerando que, bajo este supuesto, tanto la partición hecha por el testador como la realizada por la persona en quien haya delegado sus facultades, es, desde luego, un acto válido, cuya validez estriba en las citadas disposiciones legales que lo autorizan, y no en el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos y *no altere la hecha por el comisario los derechos que se deriven del testamento, que es la ley primordial en la materia...*;

Considerando que, no obstante dicha facultad y la legalidad de los actos realizados en su ejercicio, el heredero que tema verse perjudicado en su legítima por no inspirarle confianza la persona del comisario, puede, para evitar el perjuicio, promover en cualquier tiempo, a tenor del artículo 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil, el correspondiente juicio de testamentaría, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, establecida en sentencias de 17 de octubre de 1893 y 14 de mayo de 1895, y si realmente cree haberlo sufrido, puede obtener, mediante la debida justificación, la rescisión de la partición *en cuanto afecta a la legítima que le pertenezca*; con los cuales medios quedan completamente a salvo los derechos sucesorios y legitimarios, y se respetan, en lo que no traspasan los límites de la ley, los actos realizados por el testador o el comisario” (28).

---

(28) Como puede observarse, la resolución distingue entre la partición hecha por el testador y la hecha por comisario. A la primera no pone más límite que la legítima. Respecto a la segunda, requiere que se verifique *con arreglo al testamento*, y que *no altere los derechos que deriven de éste que es ley primordial*

Por último, la resolución de 15 de julio de 1943, en la que se declara: "... de tal manera que sus atribuciones—las del comisario—pueden ser muy extensas... y los herederos habrán de pasar por la partición formalizada con sujeción a las prescripciones legales, en cuanto no perjudique a la legítima de los forzosos".

2. *Jurisprudencia en la que se requiere que la partición se atenga al acto dispositivo.*

Frente a la postura que el Tribunal Supremo y la Dirección General adoptan en la jurisprudencia que hemos recogido, cabe indicar que en la que vamos a recoger a continuación se mantiene distinto criterio. En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la afirmación de que el testador tiene amplia libertad para partir, con tal de que no perjudique la legítima, se va a sustituir por la de que debe respetar la partición lo dispuesto en el testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de junio de 1903, ya dijo: "Considerando que el texto del artículo 1.056 no autoriza para entender que una persona pueda hacer por acto entre vivos la partición de sus bienes, a que se refiere la sección en que figura dicho artículo, sin que exista la *norma de un testamento que contenga la expresión de la última voluntad* de aquélla o la norma de la ley, *pues que de otra suerte equivaldría la partición hecha sin dicha norma a un modo de testar no previsto, autorizado, ni incluido en el capítulo que trata de los testamentos, y en especial de la forma de los mismos*, lo que es muy diferente de las consecuencias que en Derecho producen las disposiciones libres que en vida toman los padres donando a sus hijos el todo o parte de sus bienes;

Considerando que refiriéndose el segundo párrafo del artículo 1.271 al anteriormente citado, al establecer que sobre la herencia futura no se podrán celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1.056, es claro que dicha diferencia obliga a entender igualmente *que la partición así hecha había de realizarse sobre la base de una sucesión testamentaria o legal* A CUYAS REGLAS FUNDAMENTALES Y LLAMAMIENTOS DE LOS INTERESADOS DEBERÁ ACOMODARSE LA PARTICIÓN, pues ni a uno ni a otro precepto se le puede dar más alcance que el de prever y dejar hecho en vida lo que de otra suerte habría de practicar a la muerte del testador para realizar la división del caudal entre los intere-

---

*en la materia.* Pero después de decir esto, de la partición hecha por comisario, la resolución cambia de rumbo y sólo habla de que el heredero perjudicado por la partición hecha por el comisario podrá obtener la rescisión de la partición *cuanto afecte a la legítima que le pertenece.* Para continuar por el camino que había empezado, claramente se advierte que la resolución debía haber permitido la rescisión no sólo cuando la partición hecha por el comisario perjudique la legítima, sino *siempre que se desvíe de lo dispuesto en el testamento.*

sados...”, "...porque, aunque fuese verdadera partición, no se hallaba basada... en testamento alguno anterior *congruente* con la misma...”

Sentencia de 18 de mayo de 1933: “*La ley del testamento constituye la norma fundamental de la sucesión y rige, en consecuencia, todas las relaciones jurídicas derivadas de su efectividad, determinada y condicionada por la voluntad del de cuius, al crear mediante su exteriorización solemne un estado de derecho vigente e inmutable; y en consecuencia, establecida y ordenada por el testador la derogación de la masa dividenda por medio de comisarios, vienen éstos a sustituirse en las facultades de aquél, no por mero arbitrio y libre modo, sino sometidos estrictamente a las cláusulas testamentarias, pero en juego de plena autonomía dentro del plazo regular, como corresponde a su calidad de iudex familiae exerciscundae, cuyos poderes adquieren total amplitud de función, sin otras intervenciones judiciares que las decisorias en cuanto a los motivos de rescisión particional, en cuanto ésta procediere en justicia*”.

Como se ve, esta sentencia no especifica cuándo se podrá rescindir la partición, sino que, en términos generales, sólo dice que “cuando ésta—rescisión—procediere en justicia”. Por lo demás, se le puede dar el sentido que le damos, ya que proclama al testamento como norma fundamental de la sucesión—lo cual no es que sea nuevo, pero sí tiene más interés dicho al tratar de las relaciones entre disposición y partición—, afirma que “rige todas las relaciones jurídicas derivadas de su efectividad, y sostiene que crea un estado de derecho *vigente e inmutable*. El añadir, después, que los comisarios—respecto de la partición—vienen a *sustituirse en las facultades del testador, no con mero arbitrio y libre modo, sino sometidos estrictamente a las cláusulas testamentarias*, encierra, según creemos firmemente, la idea de que también el testador está sometido estrictamente a las cláusulas testamentarias, ya que a ellas se dice que está sometido el comisario, del cual, a la vez, se afirma que viene a sustituirse en las facultades del testador.

### 3. *Jurisprudencia en la que se recoge explícitamente el artículo 1.075.*

Junto a esas decisiones jurisprudenciales—unas en las que se afirma que la partición hecha por el testador no tiene más límite que el de respetar la legítima, y otras en las que se exige que la partición sea congruente con el testamento ajustándose a lo dispuesto en él—vamos a recoger unas terceras que toman las palabras del artículo 1.075. De propósito las hemos dejado para este lugar.

Naturalmente, no pretendemos que la jurisprudencia que afirma que la partición hecha por el testador sólo tiene el límite de respetar la legítima, desconozca el artículo 1.075. La razón de estudiar separadas de ella estas decisiones jurisprudenciales no es tampoco que la interpretación que en una y otras se da al artículo 1.075 sea distinta. (Como veremos a continuación, la sentencia de 6 de marzo de 1945 y, quizá, la resolución de 16 de noviembre de 1922, suponen una in-

interpretación del 1.075 igual a la que implica la jurisprudencia, ya vista, que estima que la partición hecha por el testador sólo tiene el límite de la legítima.) Separamos de esa jurisprudencia la sentencia de 6 de marzo de 1945 y la resolución de 16 de noviembre de 1922 por dos razones: 1.<sup>a</sup>, por tratarse en ellas expresamente del artículo 1.075, y mencionarse también expresamente, por tanto, causas de impugnabilidad, por lesión, de la partición que no son el perjuicio de los derechos legitimarios; 2.<sup>a</sup>, porque, aunque ni el Tribunal Supremo ni la Dirección General lo hayan entendido así, para nosotros, esas causas de impugnabilidad son las que sirven de apoyo inmediato para sostener que la partición hecha por el testador ha de atenerse a lo dispuesto en el testamento.

Sostener que se pasará por la partición que haga el testador en cuanto no perjudique la legítima—es decir, que sólo con perjuicio de esta es impugnabile por lesión la partición—si no es desconocer el 1.075, es entender que los otros casos de impugnabilidad que admite dicho 1.075 no pretenden crear supuestos de impugnabilidad por lesión por causas ajenas al perjuicio—de legítima—que provenga verdaderamente de la voluntad del testador, sino que pretenden evitar que subsista una partición que pudo ser inatacable, sin otro límite que el de no perjudicar la legítima, pero que no lo es por no responder a la voluntad real del testador-partidor (error en la partición, por ejemplo).

Claro que se ha de entender que, desde luego, la sentencia del Tribunal Supremo y quizá la resolución de la Dirección General que insertamos a continuación adoptan postura idéntica a la de la jurisprudencia que anteriormente vimos—en la que se sentaba que no perjudicar la legítima es el único límite impuesto a la partición que realice el testador—, ya que también se proclama en ellas que se pasará por la partición hecha por el testador, salva la legítima.

Para precisar nuestra postura en este punto de cuál sea el sentido de ambas, vamos a transcribirlas.

En primer lugar, la sentencia de 6 de marzo de 1945: “Otorgando —el Código— al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte...” “... como lo afirma el propio artículo 1.056 de nuestro Código civil, al poner, en todo caso, como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos...” “... la facultad que, en casos determinados tienen los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión... ha de acomodarse a la necesidad de respetar el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código civil, muy restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de éstas en cuanto sea posible, como lo demuestran, no sólo los artículos 1.060 y 1.080, aplica-

bles a las particiones en general, sino de un modo especial para la partición hecha por el propio testador, los artículos 1.056 y 1.075, al prescribir este último que “la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presume, que fué otra la voluntad del testador...” “... si esa rescisión pretende ser orientada, cual parece hacerlo el recurso, principalmente en el segundo de los tres puntos o apartados numerados en que este motivo está dividido, hacia la lesión anormal o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1.073 y 1.074 del Código, chocará irremisiblemente no sólo con las limitadas peticiones de la demanda, ya aludidas, sino, sobre todo, con el obstáculo insuperable que el artículo 1.075, como *lex specialis*, opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1.073 y 1.074...” “... la Sala... proclamó, como una de las premisas fundamentales de su fallo absolutorio, que el causante, en la distribución que hizo de su patrimonio, no atentó en lo más mínimo el derecho legitimario de sus hijos”.

La jurisprudencia, que entiende que la partición que practica el testador no tiene otro límite que el de no perjudicar la legítima, es indudable da por supuesta—como decíamos—una interpretación del 1.075, según la cual el testador-partidor sólo tiene el deber de respetar aquélla. Esta sentencia de 6 de marzo de 1945, igualmente, y a pesar de recoger el 1.075—diciendo que la partición hecha por el difunto puede ser impugnada en el caso de que perjudique la legítima o de que aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador—también parte de la base de que el único deber del testador en la partición es respetar la legítima, ya que dice claramente que el testador tiene amplia libertad en la distribución valorativa de los lotes sin más límite que el de no perjudicar aquélla, que este límite es el que se pone a la eficacia de la partición, que si la rescisión de ésta pretende ser orientada hacia lesión que no alcance a la legítima, chocará con el 1.075, y—finalmente—que el no haber atentado en la partición el derecho legitimario de los hijos es fundamento para rechazar la acción de impugnación de la partición.

En segundo término, la resolución de 16 de noviembre de 1922, en la que se dice: “En el supuesto de que, con arreglo al artículo 1.056 del Código civil, el testador haya hecho la partición de sus bienes... ha de pasarse por la misma en cuanto no perjudique a los herederos forzosos, y no puede ser impugnada por causa de lesión, fuera de ese caso, más que cuando aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador”.

Esta resolución—reconociendo que probablemente mantiene la tesis de que el testador-partidor no tiene más deber que el de respetar la legítima—creemos que no sería excesivamente aventurado suponer que podría entenderse que da pie para interpretar el 1.075 como nosotros lo haremos después, ya que al decirse: “... y no puede ser impugnada—la partición—por causa de lesión, fuera de este caso—perjuicio de legítima—, más que cuando aparezca o racionalmente se presume que fué

otra la voluntad del testador”, no se cierra infranqueablemente el paso a la interpretación del 1.075 que defenderemos más adelante.

4. *Jurisprudencia en la que se exige que la partición hecha por el comisario lleve a la práctica la disposición testamentaria.*

Lo anterior, por lo que afecta a la partición hecha por el testador. En cuanto a la hecha por comisario, ya decíamos que afirmar que no tiene más límite que la intangibilidad legitimaria, implica aceptar, también, que ese es el único límite de la hecha por el testador. Pues bien; así como recogimos jurisprudencia en la que ese de la legítima es el único margen que se ponía a la partición hecha por comisario, vamos a recoger ahora otras decisiones en las que, cambiando también de orientación el Tribunal Supremo y la Dirección General, se indica que ha de atenderse dicho comisario a lo que se disponga en el testamento. Ello, sin embargo, no quiere decir—lo mismo que en el otro supuesto—que ese deber de respetar, en la partición, lo dispuesto en el testamento, impuesto al comisario, implique su imposición también al testador que parte por sí. O sea, de la jurisprudencia que vamos a ver, referente al comisario, creemos que no puede deducirse que implícitamente se imponga al testador el deber de respetar lo dispuesto en el testamento; pero si no esto, por lo pronto, con la modificación de sus criterios. Tribunal Supremo y Dirección General han dejado de suministrar su expreso asentimiento a una tesis que consideramos insostenible: la de que el comisario no tiene más deber, al partir, que el de respetar la legítima; y también ambos, con esa modificación de criterio, han dejado, asimismo, de aprobar tácitamente en esta jurisprudencia—que vamos a ver—en cuestión otra tesis que no nos parece acertada: la de que la partición hecha por el testador sólo ha de respetar la legítima. Lo cual, si no es apoyar el punto de vista según el cual la partición que haga el testador ha de respetar lo dispuesto en el testamento, al menos es ser neutral.

En unos casos el cambio de criterio no es brusco, podemos decir, y hábilmente se afirma que la partición es impugnabile “*por las causas que dice el Código*” (sentencia de 17 de abril de 1943), pero sin interpretar en un sentido o en otro lo que éste diga; o que se la puede atacar “*en los términos y con las limitaciones fijadas en la Sección 4.ª, Capítulo VI, Tit. II, del Libro III del Código*” (resolución de 12 de diciembre de 1927).

En otros, decididamente se exige que el comisario acate y lleve a la práctica las disposiciones testamentarias: sus atribuciones, “siempre y en todo caso están limitadas por lo expresamente ordenado por el testador, ya que lo contrario sería anular la voluntad del mismo, y aún equivaldría a dejar la formación del testamento al arbitrio de terceros lo cual prohíbe el artículo 670 del Código civil”; y—añade esta sentencia—que la calidad de contador “sólo atribuye la simple facultad de hacer la partición con arreglo a lo ordenado en el testamento” (sen-

tencia de 23 de noviembre de 1899). "Al comisario le nombra el testador para el fin más o menos extenso o restrictivo del cumplimiento de su voluntad, que en ningún caso puede dejarse al mero arbitrio o voluntad del nombrado" (sentencia de 5 de febrero de 1908). "La voluntad del causante expresada en su testamento es ley suprema en materia de sucesiones", dice la sentencia de 11 de diciembre de 1913, hablando de las facultades de los contadores *con relación* a lo dispuesto por el testador. La de 22 de febrero de 1929 añade que "la voluntad del testador es ley primordial a la cual debe atemperar sus actos" el comisario. La de 10 de enero de 1934 autoriza para rescindir la partición siempre que ésta discrepe de la voluntad del testador: "... no ajustándose aquéllos—los comisarios—a las reglas de igualdad en el reparto, sentadas o admitidas en el testamento, resulta evidente la infracción del mismo". Por la partición practicada por comisario se ha de pasar "en tanto los Tribunales no acuerden su rescisión en el juicio correspondiente por haberse faltado a la ley o a la voluntad del testador" (sentencia de 21 de noviembre de 1939).

En ese sentido, con términos parecidos u otros equivalentes, podemos citar aún la sentencia de 18 de marzo de 1918 y varias resoluciones de la Dirección General. Así las de 5 de octubre de 1893, 18 de mayo de 1900, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908, 12 de diciembre de 1912, 29 de abril de 1913 y 28 de abril de 1945. Esta última, la más reciente que conocemos, dice así: "Constituye una de las funciones más peculiares de los comisarios realizar la partición de los bienes relictos e interpretar la última voluntad del causante, por lo que se estiman facultados para distribuir bienes, pagar deudas, levantar cargas de conciencia y hasta fundar obras pías con *sujeción al testamento*".

La de exigir—tan reiteradamente como vemos—se atenga al testamento es la postura que estimamos acertada. Con ello se respeta la verdadera misión que la figura del comisario tiene en el Código, que no es otra, respecto de la partición, que la *simple* facultad de hacerla. El testador dispone y el comisario *simplemente* parte. Y esto, que aparece tan repetidas veces admitido por la jurisprudencia y, por razonable, parece natural, es lo que—aun en contra de un crecido número de decisiones jurisprudenciales y de un importante sector de nuestra doctrina—creemos que debe aplicarse también al propio testador. El dispone y él parte, pero la disposición deberá prevalecer sobre la partición, aunque esta partición la haya hecho el disponente.

La doctrina y la jurisprudencia frente a las cuales nos situamos tienen en su apoyo, a primera vista, la letra del Código; pero, según estimamos, tenemos nosotros a nuestro favor no sólo esa letra, rigurosamente estudiada, sino el espíritu que el legislador quiso encerrar en ella. La jurisprudencia y la doctrina que adoptan la postura que sostenemos no nos proporcionan otro argumento que el de autoridad, porque no sugieren, en definitiva, una interpretación, basada en textos legales, del artículo 1.056, según la cual no le baste al testador, en su partición, respetar la legítima, sino que le obligue también a respetar



lo dispuesto en el testamento. Ni esta jurisprudencia ni esta doctrina (a excepción de lo que, sin desarrollar, apunta SÁNCHEZ ROMÁN) encuentran tampoco en el 1.075 el expediente que lleve a sus justos límites la afirmación desaforada que parece hacer el artículo 1.056. Vamos a hacer nosotros un particular estudio de dicho artículo 1.075 para ver de lograrlo.

#### IV. El artículo 1.075 del Código civil

Lógica consecuencia del artículo 1.056—entendido según esa interpretación que consideramos equivocada—parece el 1.075. Veamos si lo es realmente.

##### 1. Precedentes históricos.

Retrocediendo en busca de sus antecedentes históricos, nos encontramos con el 923 del Proyecto de 1851, que, indudablemente, ostenta su paternidad. “La partición hecha por el difunto—dice dicho artículo 923—no puede ser impugnada por causa de lesión, salvo las excepciones de los artículos 899 (1.056 del Código) y 918 (1.070, 1.º, del Código).” Esto último nos plantea concretamente la cuestión del papel que el 1.070 desempeña en la partición hecha por el testador, y de si es—lo mismo que parece que lo es el 1.075—otra consecuencia de ese sentido exagerado del 1.056. A continuación lo veremos; pero, de momento, sigamos con el 1.075.

En la legislación italiana de 1865 y en el Código Napoleón existen artículos semejantes, pero, ni con mucho, iguales a él.

El artículo 1.048 de aquel Código civil italiano dice: “La divisione fatta dall’ascendente può essere impugnata, se dalla medesima o dalle altre disposizioni fatte dall’ascendente risulta che sia lesa nella porzione legittima alcuno di quelli, fra i quali sono stati divisi i beni. Se la divisione è fatta per atto tra vivi, può altresì essere impugnata per lesione oltre il quarto a norma dell’art. 1.038”.

El 1.079 del Código Napoleón dice a su vez: “Le partage fait par l’ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart: il pourra l’être aussi dans le cas où il resulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l’un, des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet”.

En cuanto a nuestro Derecho histórico, en las Partidas podemos asegurar que carece el 1.075 de precedente, ya que P. 6, 15, 9, que alguno—M. SCAEVOLA, por ejemplo—señala como tal, dice algo muy distinto.

Las Partidas habían recogido del Derecho romano, junto al “testamentum parentum inter liberos”, la “divisio parentum inter liberos”, en P. 6, 1, 7: “Acabado testamento es aquel, que es fecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta; e si de otra guisa lo fiziesse, non sería valedero: pero si el padre fiziesse testamen-

to, en que estableciesse por herederos a los hijos, e a los nietos, que descendiesen del, o partiese lo suyo entre ellos, maguer en tal testamento no fuesen escritos mas de dos testigos, valdría; bien así, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pusiessen y sus nomes, e sus sellos. Esso mismo sería quando desta manera el padre, o el auuelo partiese lo suyo, por palabra tan solamente, entre sus hijos, e sus nietos, faziendolo ante dos testigos, rogados, e llamados para esto”.

En ellas se había dicho también—P. 6, 15, 9.—: “Pero si el padre, o el testador, partiese el mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si después que el finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros herederos non serían tenudos de fazerle emienda ninguna”. Y nada más.

El “Corpus iuris civilis”—C. 3, 36, 10.—dijo: “Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos, voluntati eius, salva legis Falcidiae auctoritate, obtemperandum esse manifestum est; nec mutat, quod in sequentibus verbis mancipia sua universa, nulla facta eorum discretionem, commendanda putavit heredibus, quum utique his ea videatur insinuasse, quibus etiam testamento relinquenda esse decrevit”.

Si al menos se hubiese dicho en las Partidas, como en el Corpus iuris, que dividiendo el testador la herencia se ha de acatar su voluntad, salva la legítima—aunque tal cosa es propiamente un precedente del artículo 1.056—, se habría podido entender que las Partidas contenían, en efecto, un precedente del artículo 1.075, ya que realmente el deber de respetar la partición hecha por el testador, si queda a salvo la legítima, no es sino la concesión del poder de atacar dicha partición para el caso de que la legítima se viole. Pero es que en las Partidas no se dice ni eso.

2. *P. 6, 15, 9 no es precedente del artículo 1.075. sino del 1.070-1.º*

Por otro lado, P. 6, 15, 9 es un precedente del artículo 1.070-1.º (29), pero—como decíamos—no del 1.075, porque en esa ley de Partidas no se habla de rescisión por lesión, sino de saneamiento en caso de evicción.

Así que ni el artículo 1.056 ni el 1.075 tienen apoyo en la legislación del Rey Sabio. Sí lo tiene, por el contrario, el 1.070-1.º

Antes, pues, del Proyecto de 1851, la recíproca obligación de sanear los coherederos, en el caso de que el partidor hubiese sido el propio causante—padre o testador—se encontraba en los términos que se desprenden de P. 6, 15, 9. es decir, no existía.

---

(29) Ya que éste dice: “La obligación a que se refiere el artículo anterior—obligación de garantía—sólo cesará en los siguientes casos: 1.º Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.”

Sin embargo, aunque en esta ley no se hace salvedad alguna, cabe entender—ya que según las propias Partidas se debe respetar la legítima—que sólo es admisible que se suprima la obligación de sanear hasta el punto en que tal supresión no perjudique aquélla.

En esta forma lo entiende la doctrina. Así ANTONIO GÓMEZ (30) decía: “Advertendum tamen, quod praedicta conclusio, quae habet, quod in divisione haereditatis debeatur evictio; debet intelligi, quando talis divisio fit de voluntate ipsorum haeredum, vel auctoritate iudicis: Secus tamen, si fiat voluntate & dispositione testatoris, quia in testamento divisit inter eos sua bona; quia tunc, si postea ab aliquo eorum aliqua res fuerit per tertium evicta, non debetur evictio, petendo jure actionis: secus vero retinendo jure exceptionis, quia forte pluribus sunt facta praelegata, & ab uno sit res evicta, & alii haeredes agant contra possessorem; nam potest se tueri, donec conservetur indemnis a sua parte evicta... Quod tamen singulariter intellige, nisi quoad Legitimam: quia pro ea poterit agere filius contra alios fratres cohaeredes, re evicta, licet fuerit sibi assignata per patrem”.

Igualmente se manifiestan GARCÍA GOYENA (31), VISO (32), MORATO (33), etc.

Otros creen que si la evicción se produce los herederos no serían tenudos de fazerle—al que la sufrió—emienda ninguna, pero que esta doctrina—además de tener el límite de la legítima—no se aplica tampoco “quando constare que el testador quiso la igualdad entre los coherederos” (o cuando constare, se podría añadir, que quiso conservar entre ellos la proporción establecida en el testamento), como dice SALA (34), siguiendo a GREGORIO LÓPEZ (35), y como repiten, por ejemplo, LASERNA y MONTALBÁN (36).

Estando así las cosas llega el Proyecto de 1851, con su regulación de los tres puntos que nos importan, referentes a la partición hecha por el difunto: 1.º hasta qué punto es válida (artículo 899); 2.º en qué casos quedan los coherederos recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento (artículo 918, en relación con el 917); 3.º cuándo es impugnabile por lesión (artículo 923).

(30) *Variae resolutiones* tomus II, cap. II, n. 34.

(31) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, t. II, pág. 273, comentario al art. 918.

(32) *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. II, Valencia, 1868, pág. 559.

(33) *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1868, pág. 265.

(34) *Ilustración del Derecho real de España*, 2.ª edic., t. I, Madrid, 1820, pág. 264.

(35) Glosa 2.ª, donde dice: “Nisi constaret de voluntate testatoris fuisse, quod aequalitas esset inter heredes servanda”.

(36) *Elementos de Derecho civil y penal de España*, 10.ª edic., t. II, Madrid 1872, pág. 146.

### 3. La partición hecha por el difunto en el Proyecto de 1851.

Vamos a ver ahora qué conclusiones sacamos, en orden a la interpretación del Código, del estudio de sus artículos comparados con éstos del Proyecto.

El Proyecto estableció dos reglas: 1.<sup>a</sup>, se pasará por la partición hecha por el difunto (artículo 899: "Cuando el difunto hizo por acto entre vivos o por última voluntad la partición de sus bienes, se pasará por ella..."); 2.<sup>a</sup>, cuando el causante haga la partición no quedan los coherederos obligados a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueron adjudicadas (artículo 917, en relación con el 918. Artículo 918: "La obligación señalada en el artículo anterior —la referente a la evicción y saneamiento de las cosas que les fueron adjudicadas— cesa cuando el mismo difunto hizo la partición...").

A estas dos reglas estableció dos excepciones, contenidas en los mismos artículos en los que formuló aquéllas: 1.<sup>a</sup>, en cuanto la partición perjudique la legítima no habrá obligación de pasar por ella (artículo 899: "... en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos"); 2.<sup>a</sup>, cuando aparezca que el causante quiso que los coherederos quedaran obligados a la evicción y saneamiento, éstos quedarán obligados a ello (artículo 918: "... a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario").

Sin duda por creerlo lógica consecuencia de su postura, el Proyecto de 1851—junto a la inimpugnabilidad de la partición hecha por el difunto, proclamada como regla general—permite que dicha partición se pueda impugnar por lesión: 1.<sup>o</sup>, cuando exista perjuicio de legítima (remisión del 923 al 899); 2.<sup>o</sup>, cuando se haya producido la evicción y resulte que el causante quiso que los coherederos quedaran obligados entre sí a la evicción y saneamiento (remisión del 923 al 918). Por eso el artículo 923 dice: "La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, salvas las excepciones de los artículos 899 y 918".

Lo que más nos interesa destacar aquí son las palabras que utiliza el Proyecto para establecer la excepción a la regla de que cuando el causante hace la partición no pesa sobre los coherederos el deber recíproco de garantía de los bienes adjudicados. Estas palabras están contenidas en el artículo 918.

Para mayor claridad repitamos los artículos 917 y 918. El primero dice, como ya vimos: "Hecha la partición, quedan obligados los coherederos entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas o les cupieren en suerte". El segundo añade: "La obligación señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario".

GARCÍA GOYENA ya advierte "que la ley 9. tit. 15, part. 6, es absoluta, pues no admite la excepción de nuestro artículo". Y a continuación añade que "se ha adoptado esta modificación por ser razonable y conforme a los principios generales de Derecho, aunque puede

dar ocasión a algún pleito, como la dan todas las cuestiones de voluntad" (37).

La modificación que se introduce, respecto del Derecho anterior, en el Proyecto de 1851, al llevar al artículo 918 la frase "a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido—el difunto—lo contrario", no se toma del tantas veces seguido Código Napoleón. A éste la iba a imitar el italiano de 1865, pero no lo hizo nuestro Proyecto de 1851. Lo cual es una prueba más de que en esto de la partición hecha por el testador nuestro Derecho está alejado del francés.

El Código parece que va siguiendo—con la excepción de permitir partir sólo al testador y no a todo causante—paño a paño al Proyecto en la materia de que tratamos. El artículo 1.056 es copia palabra por palabra del 899 de dicho Proyecto (salvo el cambio, sin trascendencia, del *hizo* por *hiciera*). Algo semejante se puede decir del artículo 1.069 del Código respecto al 917 del Proyecto. Asimismo, el 1.070 del Código recoge en un solo artículo las excepciones al 1.069, que como excepciones al 917 recogía el Proyecto en sus artículos 918 y 919. Las palabras que, fundamentalmente, nos interesan del artículo 1.070 son exactamente iguales a las del 918 del Proyecto: "... a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario" (38).

#### 4. *El artículo 1.075 del Código y el 923 del Proyecto.*

Diferentemente, en el 1.075 se nota un cambio bastante acentuado. No copia el 923 del Proyecto. La primera sensación—al leer ambos—es que el Código, que hasta ahora daba la impresión de venir siguiendo al Proyecto, ha abandonado las huellas de éste. Si nos proponemos seguir manteniendo la afirmación que hicimos de que el 923 ostenta, indudablemente, la paternidad del 1.075, habremos de comenzar por admitir que es un hijo que se parece muy poco a su padre.

Si a continuación se leen los artículos a los que remite el 923 del Proyecto, es probable que nuevamente se vuelva a pensar que el Código es—incluso el 1.075—un trasunto del Proyecto, aunque en este artículo no se haya limitado a copiar las palabras del 923, sino que haya ido a los artículos a los que éste remite para tomar directamente lo que en ellos se dice.

Desde luego, no se puede negar que las causas de impugnabilidad por lesión del 1.075 tienen, ciertamente, un notable parecido con lo que se dice en los artículos 899 y 918 a los que remite el 923 del Pro-

(37) Ob. cit., t. cit., pág. 273, comentario al art. 918.

(38) El art. 918 del Proyecto no dice más, y el 1.070 del Código añade, en su número 1.º: "... y salva siempre la legítima"; pero es claro que también el Proyecto dejaba a salvo la legítima, porque como ya advertía GARCÍA GOYENA en su comentario al art. 918: "Séase lo que se quiera de la presunta voluntad del difunto, los herederos forzosos, perjudicados en su legítima por la partición que hizo él mismo, tendrán siempre derecho a pedir el suplemento de aquella", y añadía: "Ve los artículos 645 y 899"—ob. cit., t. cit., pág. 273—, los cuales son, en todo caso, protectores de la legítima.

yecto. Procede por ello advertir que la cosa no pasa de allí; que bajo una similitud externa se encuentran profundas diferencias internas.

El 1.075 comienza diciendo: "La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión sino en el caso de que perjudique a la legítima de los herederos forzosos..." Ante ello cabe entender que realmente aquí se han formulado—con el mismo sentido que en el 923—la regla general de la inimpugnabilidad por lesión de la partición hecha por el causante y la primera excepción a dicha regla, excepción también contenida en la remisión que el 923 hace al 899. Pero debemos hacer notar—en atención a lo que el 1.075 continúa diciendo—que tal equivalencia no existe (38 bis). Del 899—al que remite el 923—del Proyecto no quedan en la primera parte del 1.075 del Código, nada más que las palabras (porque la segunda parte del 1.075 demuestra que el espíritu del 899, que esas palabras de la primera parte de 1.075 podrían contener, no lo contienen), lo mismo que esas palabras son sólo lo que resta—restos mortales, como después veremos—también del 899 en el 1.056.

El segundo supuesto de impugnabilidad contenido en el 923 del Proyecto (al remitir al 918) pareció inadecuado, sin duda, al legislador del Código, y lo suprimió. Esta supresión—habida cuenta de que el Código mantiene en el 1.070-1.º la posibilidad de que cuando parte el testador queden obligados los coherederos a la evicción y saneamiento—es verdaderamente afortunada.

Debemos observar aquí que es de todo punto improcedente hablar de impugnabilidad de la partición por lesión en caso de que algún coheredero sufra evicción respecto de cualquier cosa de las que le fueron adjudicadas y pese sobre los coherederos el deber de garantía.

Al impugnar la partición se tiende a destruirla. Por el contrario, al demandar el resarcimiento del perjuicio sufrido por la evicción no se ataca la validez de la partición, sino que precisamente, basándose en esta validez, se reclama el cumplimiento de una obligación surgida de ella: la de garantía.

Así, pues, no se quiso recoger en el 1.075 el segundo supuesto de impugnabilidad de la partición contenido en el 923 del Proyecto, pero se incluyó otro que el Proyecto no contenía: el de que la partición no se ajustase a la disposición. El legislador tomó la fórmula del 918 del Proyecto—que ya había utilizado en el 1.070-1.º del Código—; la retocó ligeramente, según creyó conveniente, y dijo que también podría impugnarse, por causa de lesión, la partición cuando "aparezca o racionalmente se presuma que *fué otra la voluntad del testador*".

---

(38 bis) Aclaremos esto: la primera excepción—perjuicio de legítima—se formula en el 1.075, igual que en el 923 al remitir al 899. Sin embargo, la segunda excepción del 1.075 hace ver claro que el carácter y espíritu de exclusividad—haciendo impugnable (cuando no hay evicción) la partición *solamente* si hay lesión de legítima—que tiene la excepción primera del 923, no existe en el 1.075, puesto que éste permite impugnar, en su segunda excepción, la partición no sólo si perjudicó la legítima, sino también si aparece o racionalmente se presume que *fué otra la voluntad del testador*.

Nos parece indudable que las palabras “aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador” en el 1.075 dicen algo muy diferente de lo que en el 918 del Proyecto decían aquellas otras de “aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario” (39), o de lo que éstas dicen en el 1.070-1.º del Código. Y nos parece indudable, porque puestas—aquéllas—en relación con las restantes de dicho artículo 1.075, significan no que la partición hecha por el testador puede ser impugnada por lesión en caso de evicción cuando aparezca o se presuma que el testador no quiso suprimir la obligación de sanear, ni tampoco que puede ser impugnada por lesión en caso de evicción cuando aparezca o se presuma que fué *esa* la voluntad del testador, sino que la partición del testador puede ser impugnada por causa de lesión cuando *aparezca o racionalmente se presuma que fué OTRA su voluntad*.

Repetimos las mismas palabras—lo cual, ciertamente, es poco explicativo—, limitándonos a subrayarlas, porque de momento nos basta con dejar sentado esto y llamar la atención sobre ellas. Después—aunque ya hemos adelantado algo—nos extenderemos sobre el alcance de esas últimas palabras de 1.075; pero aún sin hablar aquí de ello, y limitándonos a admitir la interpretación aceptada por un amplio sector de nuestra doctrina—interpretación que cree esta doctrina que refleja la voluntad del legislador—, esas palabras querrían decir que la partición hecha por el testador puede impugnarse por causa de lesión *siempre* que aparezca o racionalmente se presuma que la voluntad del testador fué que se pudiese impugnar cuando se produjese lesión—aunque ésta no alcanzase a la legítima—. Y como el Proyecto—aparte del caso de perjuicio legítimo—*sólo* permitía impugnar cuando hubiese evicción y apareciese o racionalmente se presumiese que el difunto quiso que los coherederos respondiesen en tal caso, resulta claro que el Código es distinto del Proyecto en este punto, admitiendo causas de impugnación que dicho Proyecto no admite.

##### 5. Interpretación que da nuestra doctrina al 1.075.

Vamos a ver ahora las diversas interpretaciones que esa doctrina da al artículo 1.075: en ella—excluyendo lo referente a la interpretación de la primera parte del 1.075, ya que los autores coinciden, como no podía menos de ser, en que tiene por fin proteger la legítima, y autoriza a impugnar la partición si hubo lesión de aquélla—se han dado diversos sentidos a las palabras finales—“aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador”—del 1.075.

SCAEVOLA (40) opina que el fin que persigue el 1.075 es el de hacer prevalecer la voluntad sobre las palabras del testamento.

(39) Y por parecernos indudable esto que decimos, creemos que en la segunda parte del 1.075 se contienen supuestos de impugnabilidad de la partición que no son los del 923 al remitir al 918.

(40) Ob. cit., t. cit., pág. 447, comentario al art. 1.075.

COVIÁN (41) cree que el fin del 1.075 es que cuando aparezca—en el testamento o en la partición—la voluntad o el propósito del testador de conservar la igualdad entre los coherederos, y, por tanto, de que ninguno de ellos sufra la menos lesión en lo que se le adjudica, se rescinde la partición, si existe lesión en más de la cuarta parte.

Los casos de impugnabilidad de la partición, fundados en las interpretaciones dadas a las últimas palabras del 1.075, que encontramos en otros autores, son los siguientes:

1.º El de error en la partición, como dice ROCA (42). Ahora bien, la impugnabilidad no tendría en este caso por base la disconformidad de la partición con la disposición, sino el *error* en esa partición. O sea, sin ser errónea no podría ser impugnada, aunque no concordase con la disposición.

2.º El de que el testador, *al hacer la partición*, expresamente establezca que puede rescindirse por causa de lesión, o que racionalmente se presuma que fué esa su voluntad, como dice MANRESA (43). Cuyo segundo caso tampoco lo es de impugnabilidad por discrepancia de partición y testamento. Esto es evidente. El testador, *al hacer la partición*, puede no establecer expresamente que pueda ser rescindida por causa de lesión, y puede no darse el caso de que sea racional presumir que esa fué su voluntad. No dándose ninguno de ambos supuestos, la partición no será atacable y, sin embargo, puede no ajustarse a la disposición.

3.º El de que el testador expresamente disponga que la partición puede impugnarse en caso de lesión, o de que racionalmente se presuma que *fué esa su voluntad*—cuya presunción racional queda reducida a una cuestión de interpretación del *testamento*—, como cree SÁNCHEZ ROMÁN (44). Tampoco en este caso se habla de que la causa de la impugnabilidad sea que la partición no se ajuste a la disposición. Sin embargo, es este autor el que ha calado más hondo en la interpretación del 1.075. Indica—como vimos—, a continuación de lo anterior, que “cuando exista contradicción entre la partición que hizo el testador y el testamento, habrá que subordinar aquélla a éste, que es la ley de su voluntad, mientras que aquélla no pasa de ser su ejecución más o menos fiel”. Esto, dicho a continuación de lo anterior, puede interpretarse en el sentido de que siempre que exista contradicción entre la partición y la disposición—testamento—es *racional* presumir “*que fué voluntad del testador que se pudiese rescindir en caso de lesión*”; y,

(41) Ob. cit., pág. 382.

(42) Ob. cit., pág. 383. En todo caso, téngase en cuenta que el 1.075 habla de impugnación *por causa de lesión*, que es algo perfectamente distinto de la posible impugnabilidad, basada en un vicio de la voluntad—error propiamente dicho—o en la discrepancia inconsciente entre lo querido y lo declarado—error obstativo—. El error podrá producir—no lo negamos—lesión; pero la verdad es que el art. 1.075 no le importa el error—causa—, sino la lesión—efecto—, provenga o no de error; es decir, provenga, en principio, de la causa que provenga.

(43) Ob. cit., t. cit., pág. 760.

(44) Ob. cit., t. cit., pág. 2.114.



por tanto, que toda vez que se dé ese supuesto—discrepancia de disposición y partición—nos hallamos frente a un caso de impugnabilidad por lesión de la partición, con arreglo al 1.075.

Prácticamente, podemos decir que ha indicado SÁNCHEZ ROMÁN el camino para conseguir todo el fruto que se puede sacar del *racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador* del 1.075.

#### 6. *Nuestro punto de vista sobre el 1.075.*

Visto ya cómo interpreta nuestra doctrina el 1.075, expongamos nuestro punto de vista sobre él:

##### A) *El artículo 1.075 del Código modifica lo que decía el 923 del Proyecto.*

El legislador del Código, al modificar con dicho artículo lo que establecía el Proyecto de 1851, tuvo un gran acierto, porque éste contenía un artículo 923 según el cual la partición se podía impugnar por lesión: 1.º cuando ésta alcanzaba a la legítima (con lo cual se hacía caso omiso del principio, que en buena doctrina debía haber existido, de que la partición debe ajustarse a la disposición); 2.º cuando produciéndose la evicción aparezca o racionalmente se presume que el difunto no quiso que los coherederos dejasen de quedar obligados entre sí a la evicción y saneamiento de las cosas que les fueron adjudicadas. Cuyo segundo supuesto también lo creemos improcedente, porque una de dos: o la partición es impugnabile por causa de lesión si la evicción se produce y aparece o racionalmente se presume que la impugnabilidad, en tal caso, la permitió el difunto, en cuyo caso sobra todo lo de estar los coherederos obligados entre sí a la evicción y saneamiento cuando aparezca o racionalmente se presume que lo quiso el difunto, o realmente los coherederos—si el testador lo quiere—quedan obligados a la evicción y saneamiento, en cuyo caso sobra la impugnabilidad de la partición por causa de lesión, ya que—como decíamos—la protección que dispensa la obligación de garantía se obtiene no atacando la partición, sino precisamente haciéndola valer.

Resumiendo: con la obligación de garantía, para el caso de que se produzca evicción, sobre la impugnabilidad por lesión, y admitida ésta para ese caso, sobra aquélla.

Más adelante volveremos sobre lo anterior. Aquí hemos de hacer notar que con la redacción del 1.075 los dos inconvenientes antedichos del Proyecto de 1851 desaparecen.

##### B) *Lo que realmente dice el artículo 1.075.*

Lo que dice el 1.075 es: “La partición hecha por el difunto puede ser impugnada por lesión en dos casos: 1.º en el de que perjudique la legítima; 2.º en el de que discrepe de la disposición”.

Lo primero está claro. Lo segundo lo creemos fácilmente demostrable.

C) *Los términos difunto y testador utilizados en el 1.075.*

A su comienzo el 1.075 habla de partición hecha por el *difunto*. Hemos quedado en que la partición sólo puede hacerla el *testador*, pero también es cierto que puede hacerla en testamento o en acto inter vivos. Una cosa permite indicar ese "*difunto*", y ella es la clara diferencia con el final del mismo artículo—"que *fué otra la voluntad del TESTADOR*"—. Es decir, la partición es impugnabile por lesión siempre que "aparezca o racionalmente se presuma que *fué otra la voluntad del TESTADOR*".

La voluntad del testador es la voluntad manifestada en el testamento, ya que claramente se contraponen la utilización del término *testador* a la del término *difunto*. Esto quiere decir que aunque el testador pueda haber realizado manifestaciones de voluntad fuera del testamento—en la partición—, y aunque de ésta se induce una voluntad dispositiva, y a eso pudiera aludirse también al decir "*voluntad del testador*"—ya que el testamento no es la única manifestación de voluntad del que testa—, sin embargo hay en nuestro caso una referencia concreta a *voluntad testamentaria* al hablar de *testador*, ya que antes no se decía *testador*, sino *difunto*, siendo así que también ese *difunto* necesitaba haber *testado*.

Esta diferencia al hablar en un mismo artículo de una misma persona, designándola como *difunto* y como *testador*, implica, según creemos, que al decir *testador* se debe entender claramente excluida la voluntad no testamentaria del testador (45).

D) *Disposición y partición.*

Pero la interpretación de este artículo no la podemos realizar en base a la distinción entre partición y testamento (46), porque la partición también puede ser testamentaria, y en este caso esa partición forma parte del testamento mismo.

La interpretación de este artículo tiene por base la distinción entre partición y disposición (47).

(45) Hablando de difunto se comprenden los actos no testamentarios del testador, pero hablando de testador no se comprenden los actos no testamentarios del difunto.

(46) Si alguna vez hablamos de partición y testamento, como cosas contrapuestas, es quizá porque lo requieran las circunstancias para mayor claridad, o porque lo dicen otros autores; pero queremos decir testamento, en cuanto es *disposición* de última voluntad.

(47) Cfr. BORTOLO BELOTTI: *La divisione dell'ascendente*, Padova, 1933, números 28 y sgs. Entre nosotros, por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., página 1989.

Aunque a su comienzo el 1.075, en vez de difunto dijese testador, seguiría proclamando que cuando aparezca o racionalmente se presume que la voluntad del testador fué otra, la partición hecha por él sería impugnabile por causa de lesión (48).

En el testamento el testador plasma su última voluntad. En él *dispone* para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, y *dispone* según esa voluntad; *dispone* según lo querido. Las disposiciones se *ejecutan*, la voluntad se *cumple* en la partición. Como dice acertadamente SÁNCHEZ ROMÁN, el testamento es la ley de su voluntad, mientras que la partición no deja de ser su ejecución más o menos fiel. Ahora bien, a la vista de esta ejecución se puede inducir la voluntad que la ha presidido. La partición implica una determinada voluntad de disposición: la causa de la que esa partición es efecto. Por cuyo efecto la causa puede ser conocida. Y esa voluntad que se desprende de la partición, y que podemos colegir de ella, puede coincidir o no con la última voluntad—voluntad dispositiva—expresada por el testador en el testamento.

Si la partición es una ejecución fiel de la disposición, se puede decir que la voluntad del testador es la misma que presidió la partición. Siempre que la partición no lleve a la práctica la disposición, hay base para afirmar que fué otra la voluntad del testador (otra respecto a la que aparece de la partición).

En el 1.075 se puede distinguir perfectamente la partición en sí—ejecución de la voluntad—de la disposición—voluntad del testador—.

Si la partición se hizo por acto inter vivos, nos podrá servir solamente para interpretar la manifestación de voluntad testamentaria—disposición—. Una vez fijado el sentido de ésta, si la partición no lo lleva a la práctica—discrepancia—, la partición será impugnabile, porque queda claro que fué otra la voluntad del testador.

Los términos en que esté concebida la partición realizada por acto inter vivos, sólo nos sirven, repetimos, como elemento de interpretación; pero la voluntad que de ellos se colija ha de poder entenderse que se manifiesta en el testamento, para que sea eficaz.

Si la partición se hizo en el testamento, ya no son, como en el caso anterior, partición y disposición casi como dos compartimientos estancos. No existe un límite tajante y preciso en el cual deban acabar las cláusulas de disposición. No han de existir tampoco por completo independientes de aquéllas unas cláusulas única y exclusivamente paritivas. Ambas pueden compenetrarse. La voluntad que revelen las cláusulas dedicadas especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la manifestación de voluntad dispositiva, sino que

---

(48) La utilización de los términos difunto y testador en el art. 1.075 tiene sentido para demostrar que prevalece siempre la voluntad testamentaria, o sea que si la partición es hecha por acto inter vivos, triunfará sobre ella la disposición que se contiene en el testamento. Pero si la partición es testamentaria, la voluntad que en esa partición se manifiesta es también testamentaria, no obstante lo cual, por lo que exponemos a continuación, puede verse cómo es exacta la afirmación que hacemos en el texto.

estas mismas cláusulas, en cuanto reúnen las solemnidades testamentarias, pueden encerrar una verdadera manifestación de voluntad dispositiva. De ellas se pueden extraer elementos que, coordinados con los otros términos del testamento, modifiquen el sentido que se creyó ver en la voluntad de disposición manifestada en las cláusulas particularmente dedicadas a disponer. La partición hecha en el testamento no tropieza con el grave inconveniente que tiene la hecha por acto inter vivos. Aquélla es, al fin y al cabo, una parte del testamento que puede servir, conjugadamente con las otras partes del mismo, para entender manifestada una voluntad real del testador que quizá de haber existido solamente esas otras partes del testamento no se hubiera podido entender manifestada.

E) *La partición que discrepe de la disposición no prevalece contra ella, sino que es impugnabile por lesión.*

Así, pues, la partición hecha por acto inter vivos será impugnabile por lesión siempre que la interpretación—en la que podemos servirnos de esa partición—del testamento nos lleve a fijar a la manifestación de voluntad del testador un contenido dispositivo incompatible con la partición. La partición testamentaria será atacable, también, por lesión en los casos en los que del conjunto del testamento resulte que la voluntad que el testador manifestó no es la que se lleva a la práctica en las cláusulas testamentarias referentes a la partición, porque de ese conjunto de la declaración testamentaria—de cuya declaración forman parte esas cláusulas—aparece como manifestada una voluntad dispositiva distinta de la que éstas ejecutan.

Es equivocado creer que la partición realizada por acto inter vivos prevalecerá sobre lo *dispuesto* en el testamento—por ejemplo, pensar que instituyendo a Pedro y a Juan por partes iguales, y atribuyendo, al partir, a Juan las tres cuartas partes de la herencia, sucederá éste en dichas tres cuartas partes—. Y también es equivocado creer que la partición testamentaria prevalecerá contra lo *dispuesto* en el testamento, cuando esta partición no sea ejecución de lo que se dispuso sobre los bienes partidos. Únicamente, en el caso de que después de una concienzuda interpretación se llegue a la conclusión de que lo que *quiso* el testador—y refleja su declaración—fué *disponer* en la forma en que *parte*, no será impugnabile la partición; pero esta impugnabilidad se basará no en que tenga mayor fuerza la partición que la disposición, sino en que coincide con ésta.

En la partición testamentaria no se dará un caso de prevalencia de esta partición sobre la disposición cuando se partan los bienes en forma distinta de la que se dispuso de ellos, porque no es admisible querer válida y eficazmente a la vez dos cosas contradictorias. Si se dispone de los bienes en una forma—por ejemplo, por partes iguales se instituyen herederos a Juan y a Pedro—y se parte de otra—por ejemplo, se adjudican tres cuartas partes de ellos a Pedro y una cuarta a

Juan—, no es admisible sostener que el testador quiso ambas cosas. Se podrá sostener—ello dependerá del testamento en su conjunto—que se quiso igualar a ambos herederos, en cuyo caso es atacable la partición por no cumplir la disposición, o se podrá sostener—en un caso de disposición no tan tajante y clara como la anterior—que lo que realmente quiso y manifestó fué que Pedro sucediese en tres cuartos y Juan en un cuarto, y que, de acuerdo con esto, partió. En tal caso lo que sucede es que la disposición se lleva a sus justos límites, que por un lado parecen no coincidir con una parte de la declaración, pero que por otro se cree más acertado estimar que—salvada esa engañosa apariencia—realmente coinciden con ella.

Esto es lo que creemos firmemente dice el artículo 1.075. En éste no se contraponen partición a testamento—lo cual no podría ser—, porque la partición puede ser testamentaria, y en este caso la partición es—como decíamos—parte del testamento mismo. Se contraponen, sí, partición a disposición. En el caso de que la partición se realice por acto inter vivos habrá, ciertamente, posibilidad de hablar de partición y de testamento como dos cosas distintas; pero en el caso de que la partición sea testamentaria, la “*otra voluntad del testador*” se refiere a la voluntad de disposición, porque, además de por las razones que veremos a continuación, por antonomasia voluntad del testador es voluntad dispositiva. El poder de impugnar se concede siempre que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador. Ello, sin distinciones, alcanza a la partición realizada por acto inter vivos y a la realizada en testamento. Cuando no ha habido forma de conciliar los términos de la partición y los de la disposición, y debe entenderse que hay una efectiva contradicción entre ellas, entonces la partición es impugnabile porque la falta de conciliación, mediante una interpretación adecuada, pone de manifiesto que la voluntad del testador—disposición—es otra. Se ordena que prevalezca la *otra voluntad*, o sea la que discrepa de la que aparece en la partición. Cuando existe esa “*otra voluntad*”, obsérvese que—como no podía menos de ser—no se declara ineficaz la disposición, sino que se declara impugnabile la partición. La disposición, por su superioridad de rango, prevalece, pues, cuando la contradicción es irreductible. *Únicamente* cuando es irreductible se puede decir que fué otra la voluntad del testador—que éste al disponer y al partir no tuvo una *misma voluntad*—, pero *siempre* que lo es—discrepancia, por tanto—se puede presumir racionalmente la existencia de esa otra voluntad.

F) *Las palabras “aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador” se refieren a que la partición discrepe de la disposición, y no a que el testador permita impugnar por lesión, aunque ésta no alcance a la legítima.*

El 1.075 ha dicho “aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador”. Lo ha dicho hablando de la partición. La “otra voluntad del testador”, nos parece indudable, se refiere a

“otra voluntad”—dispositiva—respecto de la que aparece de la partición. El “otra voluntad del testador”, dicho hablando de la partición, y tratando precisamente de la impugnación por *lesión* (48 bis), no es ni más ni menos que decir “que el testador haya querido otra cosa distinta de la que la partición ejecuta”, o sea que la voluntad *dispositiva* del testador sea distinta de la que se lleva a la práctica en la partición. Al compararla con la voluntad que ésta ejecuta, el 1.075 supone que la voluntad dispositiva que aparece en el testamento puede ser la misma o puede ser otra, y para este caso concede la facultad de impugnar por *lesión*, porque la partición no lleva a la práctica lo *dispuesto*.

Nuestra doctrina ha entendido que esa *otra voluntad* alude al caso de que el testador manifieste—expresa o tácitamente—su voluntad de que la partición pueda impugnarse en caso de *lesión*, aunque ésta no alcance a la legítima.

Ambas cosas—lo que nosotros hemos dicho y lo que la doctrina cree—no son lo mismo; pero queremos hacer notar que, en efecto, no lo son (49). Ello lo prueba el que el artículo 918 del Proyecto de 1851 y el 1.070-1.º del Código, en vez de decir “que fué otra la voluntad del testador”, dicen “haber querido lo contrario”. Esto en el 1.075, si lo dijese, se referiría a la impugnabilidad por *lesión*. El 1.075 diría: “La partición no es impugnable por *lesión* sino... en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma haber querido—el testador—lo contrario.” Es decir, haber querido que sea impugnable por *lesión*. Y una vez visto esto, hemos de advertir que la modificación introducida (50) al suprimir el “haber querido lo contrario”—que no sería referible a la partición hecha por el difunto, pero que hubiera estado utilizado con gran exactitud referido a *poder ser* (lo contrario de no poder ser) *impugnada por lesión*—y sustituirlo por el “que fué otra la voluntad del testador” (otra respecto de la que aparece en la partición)—que dicho de la partición (y no de la impugnabilidad por *lesión*) es como está bien dicho—, abona nuestro punto de vista. Esa sustitución no puede tener otro sentido que el de indicar que no se alude a haber “querido lo contrario”, es decir, a que sea impugnable la partición en caso de *lesión* porque así lo quiere el testador, ya que si se hubiese querido decir esto no habría habido necesidad de introducir ninguna modificación.

En definitiva, el 1.075, en su segunda parte, permite impugnar por

(48 bis) Lo cual excluye cualquier supuesto en que apareciendo o siendo de presumir *otra voluntad*, esta *otra voluntad* no apareje *lesión*; por ejemplo: haber querido incluir en un lote determinada cosa que no aparece incluida en él, hallándose, sin embargo, en su lugar otra de igual valor.

(49) Estudiaremos más adelante este punto: no son separables la contradicción entre disposición y partición y la existencia de *lesión*, e igualmente tampoco lo son la concordancia de ambas con la inexistencia de aquélla.

(50) Los arts. 1.070-1.º y 1.075 del Código copiaron la fórmula del 918 del Proyecto, pero aquél la copió sin modificación ninguna, diciendo: “... haber querido lo contrario”, y éste la copió introduciendo la modificación que ya sabemos: “... que fué otra la voluntad del testador”.

lesión la partición hecha por el testador, siempre que aparezca o racionalmente se presume que fué otra su voluntad. Creemos haber mostrado que este *otra voluntad* quiere decir que partición y disposición discrepan. Asimismo, para el que crea que lo que quiere decir es que será impugnado por lesión la partición cuando el testador haya manifestado—en forma expresa o no—su voluntad de que sea impugnada en caso de que la lesión exista, afirmamos que discrepancia y presunción racional de la facultad de impugnar por lesión coinciden siempre.

G) *Lesión, impugnabilidad por lesión, discrepancia entre disposición y partición y "otra voluntad del testador", coinciden siempre.*

Destacado ya que el decir que la partición es impugnada por causa de lesión, siempre que la voluntad del testador aparezca o racionalmente se presume que ha sido otra, es lo mismo que decir que es impugnada por causa de lesión dicha partición cuando disposición y partición discrepan, conviene destacar ahora que ello sucede así—y se permite tal impugnación por lesión—porque siempre que discrepan hay lesión para algún cosucesor.

Aclaremos esto: el Código exige que el causante sea testador. Creemos indudable que ello no significa que todo el que testa pueda partir su herencia entera, por ejemplo, sino que podrá partir aquella parte de la que ha *dispuesto por testamento*. Tampoco el que otorga un testamento que es nulo o que se invalida después es, a nuestros efectos, testador. Así que nos parece exacto decir que al hablar de *testador*, para concederle la facultad de partir, el 1.056, como lo exige una correcta exégesis del mismo en relación con el 912 del Código, no se refiere a todo el que testa, sino a aquel cuyo testamento, además de ser válido y eficaz, contiene disposición de los bienes partidos (50 bis).

De lo anterior se desprende que la lesión, como causa de impugnabilidad de la partición hecha por el testador, aparte del caso de lesión de la legítima—que luego veremos a qué se refiere—, tiene que ser lesión de los derechos concedidos en el testamento. Habrá, pues, lesión si, por ejemplo, dispongo a favor de Ticio de la mitad de mi herencia, y al partir sólo le adjudico derechos que representen la décima parte de la misma (cuya décima parte sigue representando al momento de ser llamado Ticio a suceder), o si aunque representen la mitad de la herencia cuando la partición se realiza, después disminuye el valor de esos derechos de forma que se conviertan en la décima parte de dicha herencia. Nunca, sin embargo, se podrá hablar de lesión de derechos concedidos por la ley "ab intestato", porque siempre para poder partir se requiere, en las condiciones que decíamos, un testamento.

---

(50 bis) Esto no quiere decir que se tenga que haber dispuesto de bienes determinados, sino sólo que se haya dispuesto, al menos, de una porción de la herencia, en la cual quepan los bienes que se adjudican.

En estas condiciones, ciertamente, siempre que la partición discrepa de la disposición hay lesión, y siempre también que hay lesión es, por lo menos, presumible racionalmente que el testador quiso que la partición fuera impugnada por lesión, puesto que toda lesión coincide con el hecho de que *la voluntad del testador fué otra*, por ejemplo, mantener la igualdad entre los coherederos, y, naturalmente, esa voluntad de igualarlos implica necesariamente la concesión del poder de impugnar la partición, como remedio para evitar la desigualdad que proviene de no atribuir, al partir, partes iguales, o de que siendo iguales esas partes al hacer la partición se conviertan después por cualquier razón—por ejemplo, cambio de valor—en desiguales. No es concebible que el que quiere en todo caso—al testar—la igualdad de sus herederos no quiera, a la vez, que si esa igualdad no se guarda no puedan utilizar esos herederos medios—la impugnación de la partición por lesión—para obtenerla (51).

De todo lo cual, podemos concluir afirmando: causa de impugnabilidad de la partición por lesión es—según el 1.075—que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador; cuya "*otra voluntad*"—otra respecto de la de la partición—quiere decir que disposición y partición discrepan; cuya discrepancia significa que existe lesión para algún cosucesor.

#### H) *Tres fórmulas en que se puede verter el sentido del 1.075.*

En definitiva creemos que hay una única realidad en la segunda parte del artículo 1.075, susceptible de expresarse de varias formas:

Un artículo 1.075, que es el que contiene el Código: "*La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... en el caso de que... aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador*".

Otro artículo 1.075, que es el que pensó nuestra doctrina: "*La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... en el caso... de que aparezca o racionalmente se presuma que hubo voluntad del testador de que fuese impugnable por lesión*".

Por último, un tercer artículo 1.075, cuya redacción nos parece la más apropiada para hacer ver que el 1.056 no dice lo que parece decir: "*La partición hecha por el difunto... puede ser impugnada por causa de lesión... en el caso... de que aparezca o racionalmente se presuma que hay lesión (o lo que es lo mismo, que discrepe de la disposición)*".

Prosperará, pues, la impugnación si existe realmente *otra voluntad del testador*. Es decir, si—en virtud de que así aparece o de una presunción racional—se constata la existencia de esa otra voluntad del testador. Ello es lo mismo que decir que prosperará la impugnación si se constata la existencia de lesión.

En definitiva, es como si el 1.075 dijese: "*Podrá ser rescindida la partición hecha por el testador por causa de lesión*".

(51) Téngase en cuenta que esa igualdad se quiere para cuando el testamento produzca sus efectos.



- I) El 1.075 permite impugnar por lesión la partición hecha por el testador, siempre que haya lesión.

En el artículo 1.074 se habla de *lesión*, ya que al referirse a particiones que no implican, en todo caso, testamento, la lesión no procederá siempre de que la disposición testamentaria y la partición discrepen (puesto que tal lesión puede tener su origen en que la partición no se ajuste al llamamiento ab intestato).

Por el contrario, el artículo 1.075, al referirse a partición hecha por el *testador*, tiene forzosamente que partir de la base de que la lesión es necesariamente discrepancia entre la disposición testamentaria y la partición. Y por ello no habla de lesión, sino del hecho que la motiva: la discrepancia respecto de la voluntad del testador. Esto explica que en vez de decir que la partición es impugnabile por lesión, diga que es impugnabile cuando aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador: discrepancia entre partición y voluntad dispositiva, ya que esta discrepancia es necesariamente lesiva y la única lesión posible proviene de esta discrepancia.

Así, pues, con otros términos el 1.075, lo mismo que el 1.074, ordena que también la partición del testador sea impugnabile por lesión. El decir que la partición hecha por el testador no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra su voluntad, es como decir que no puede ser impugnada por lesión en otro caso, porque la lesión sólo es posible en ese (51 bis).

(51 bis) La comparación del Código con el Proyecto prueba que el art. 1.075, al tratar de la partición hecha por el testador, no establece una excepción al 1.074, sino que se limita a aplicar el criterio general que aquél sienta, a un caso particular, y a formular esta aplicación con palabras que dan idea exacta de en qué ha de consistir, necesariamente la lesión, en el supuesto—único—de partición—la hecha por el testador—que requiere forzosamente existencia de testamento.

Examinemos antes, relacionándolos, los arts. 1.074 y 1.075:

El Código establece la regla general en el primero: "Podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión..." Y luego el Código vuelve a sentar la aplicación de este principio a un caso concreto: art. 1.075.

Lo que ha hecho, sin embargo, pensar que este 1.075 es una excepción al 1.074 es tanto el "no" como el "sino" de aquél, que se suponen relacionados con el 1.074. O sea, se piensa: 1.º, regla general: "Las particiones pueden ser rescindidas por lesión" (1.074); 2.º, excepción: "La partición hecha por el testador no puede ser impugnada por causa de lesión"; 3.º, caso de partición (dejemos ahora la impugnabilidad por lesión en la legítima) hecha por testador en el que rige la regla general: "No puede ser impugnada—la partición—sino en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador."

Este modo de ver las cosas es equivocado. El *no* y el *sino* del art. 1.075 no tienen el sentido de referirse al art. 1.074 para declararle derogado o vigente. Su sentido pleno se encuentra en limitarse a una relación entre sí. El 1.075—repetimos—tiene por fin aplicar el mismo principio que el 1.074, y para eso—como la lesión, en su caso, no es posible nada más que por una discrepancia entre los dos actos volitivos del causante: disposición y partición—le es oportuno decir que la

Quede, pues, claro que ese "aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador" *no* tiene el sentido—como cree nuestra doctrina—de permitir a éste que conceda la facultad de impugnar su partición por lesión aun cuando ésta no alcance a la legítima, facultad que sin tal concesión expresa o tácita no existiría. Ese "aparezca o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador" *tiene* el sentido de conceder *por sí* la facultad de impugnar la partición cuando existe lesión.

Ahora bien: como—según advertíamos—siempre que aparece o racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador, es obligado pensar que éste permite impugnar la partición en el caso de que exista lesión, resulta que coinciden los casos en los que la ley concede el poder de impugnar con aquéllos en los que es racionalmente presumible que lo concede el testador.

Así, el 1.075 es un maravilloso remedio. Es una especie de válvula de seguridad. Mientras partición y disposición concuerden, todo va bien. Aun cuando discrepen, todo sigue yendo bien, porque si es verdad que se produce un mal: la lesión, también lo es que esa discrepancia, que lesiona, en cuanto existe, comienza a dar el remedio para el mal que produce, cuyo remedio es la impugnabilidad por lesión, basada en que fué otra la voluntad del testador.

Siendo así las cosas, ya *no* hay lugar para el alegre desenfado, que parece alentar el 1.056, de partir—especialmente cuando se trata de partición por acto inter vivos—como le plazca al testador, sin atenderse para nada a lo dispuesto en el testamento. Porque ni siquiera el único límite que tendría esa partición—el de la legítima—es un límite que provenga de aquél—del testamento—, sino que nace de la ley y se impone al testamento mismo.

partición *no* será impugnabile si *no* aparece o racionalmente se presume que fué *otra* (lo cual implica *una*) la voluntad del *testador* (lo cual implica testamento).

Si *no* existe esta discrepancia entre una y otra voluntad del testador, nunca es posible impugnar por lesión, porque *no* puede haber lesión. Si hay lesión—que será cuando existe discrepancia o, lo que es igual, fué otra la voluntad del testador—sí hay impugnabilidad, porque el 1.075 dice que la partición *no* puede ser impugnada *sino* en el caso de que fuese otra la voluntad del testador; lo cual es como decir que la partición *sí* puede ser impugnada *si* fué otra esa voluntad, o que puede ser impugnada *si sí* fué otra esa voluntad.

Veamos ahora que el Proyecto decía en su art. 923: "*La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión...*" Y en su art. 924: "*Todas las demás particiones pueden ser rescindidas por causa de lesión.*"

El Código, que pudo copiar al Proyecto si hubiese querido ordenar lo mismo que él, *no* habló, sin embargo, de *todas las demás*, ni mucho menos, sino que dijo: "Podrán ser rescindidas *las particiones* por causa de lesión" (art. 1.074). Por tanto, *no* son *todas* "*las demás*", sino *todas* (*las demás* y también la hecha por el testador) las particiones las que pueden ser rescindidas por causa de lesión. Lo cual viene a confirmar que el art. 1.075 se halla dentro de la órbita del 1.074, sin que, por tanto, sirva ese 1.075, para que suceda en el Código como sucedía en el Proyecto, que la partición hecha por el testador reciba un trato diferente al de *las demás*, sino que el papel que desempeña es el de—repeñamos por última vez—aplicar a un caso concreto la regla general ya formulada haciéndolo de una manera más explícita y rica, de forma que su casuística sea especialmente explicativa.

Si esa exagerada libertad de partir existiera, no habría realmente partición, sino disposición, que por no requerir testamento implicaría, como dice la sentencia de 13 de junio de 1903, un modo de testar no previsto ni autorizado ni incluido en el capítulo del Código que trata de los testamentos.

En tal caso no vemos el interés que tendría exigir haber testado para poder partir.

El artículo 667 define el testamento como acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Al exigir el 1.056 testamento exige, pues, acto de disposición. Resultaría un tanto extraño exigir—en un mismo artículo: 1.056—que se haya dispuesto para poder partir, y, a continuación, permitir que en la partición se haga caso omiso de la disposición.

El entender el 1.056 en el sentido de que el testador partidor no ha de respetar la disposición que de los bienes partidos él mismo hizo, sino que le basta, para que su partición sea válida e inimpugnable, no violar las legítimas, nos parece inadmisibles: 1.º) porque el 1.075 marca el sentido y el justo límite de ese 1.056; 2.º) porque encontrándonos frente a una disposición y a una partición contradictorias—ya que si concuerdan no hay problema—, hemos de tener en cuenta las siguientes circunstancias: a) aquélla es de indudable rango superior y necesita hacerse en testamento, mientras que ésta—de rango inferior—no necesita ni siquiera encuadrarse en un instrumento testamentario; b) aquélla es la orden, ésta el cumplimiento. En estas condiciones, menospreciar la disposición para hacer triunfar la partición sobre ella es como ordenar que lo principal siga el destino de lo accesorio.

## V. Concepto de lesión

Aunque lesión, en un sentido amplio, sea todo perjuicio, la lesión—a los efectos de la impugnabilidad de la partición, abarca única y exclusivamente los casos de perjuicio sufrido por la circunstancia de que lo atribuido, de que los derechos destinados a satisfacer la cuantía del derecho sucesorio conferido en el testamento, no la satisfagan realmente. Sólo hay lesión, pues, cuando lo asignado—y adquirido al producir sus efectos testamento y partición—para cubrir la porción o parte—alcuota o no—de herencia a la que se llama, no alcanza verdaderamente a cubrirla.

Así, el testador que instituye herederos por partes iguales a dos personas, y en la partición adjudica a una bienes por valor de las ocho décimas partes de la herencia, y a otra bienes por valor de las dos décimas restantes, lesiona a ésta con tal partición. Igualmente el que lega a dos personas por partes iguales todo sus bienes muebles, y al partir asigna a una muebles que valen ocho décimos del total de los que hay en el caudal relicto, lesiona también a la otra. De la misma manera hay lesión si, aunque al momento de hacerse la partición los bienes adjudicados cubran la porción a la que se llama, al momento de

sucedan los llamados, tales bienes—por disminución de valor, por ejemplo—no llenan las partes en pago de las cuales se adjudican.

Distintamente, la llamada *partición* que confiere a uno aquello de que se había dispuesto a favor de otro, no lesiona, en el sentido del artículo 1.075, a aquel que perjudica. Este artículo se refiere al caso de *partición* que lesione; pero en este último supuesto, aunque hay daño, éste no proviene de partición, porque no existe partición verdadera. Por ejemplo, se instituyen herederas a dos personas por partes iguales y a una tercera se la lega una casa y una joya. Al partir—por acto inter vivos, pongamos por caso—, la casa que se legó se asigna a uno de los herederos en pago de su cuota. No existe aquí partición, sino una verdadera e ineficaz derogación de la disposición que contiene el legado, ya que solamente anulado dicho legado se puede atribuir a un heredero la cosa legada. Por tanto, no se habrá de impugnar la partición por lesión, sino que se habrán de negar efectos a tal acto por no ser partición.

La partición tiene por objeto determinar las cosas que formarán los lotes. Evitar el estado de indivisión es una de las consecuencias de la partición hecha por el testador. Cuando la partición la hace éste no tiene que someterse al artículo 1.061, que no está dictado para tal clase de partición. Puede, pues, el testador incluir en esos lotes lo que le parezca, con tal de que el valor de ellos no se altere. Pero la determinación sólo procede cuando existe indeterminación. Cuando se ha *dispuesto* de cosas determinadas la partición no cabe, porque no hay nada que partir—determinar—. En el último caso, para que el legatario suceda en la casa y en la joya no hay que partir la herencia y adjudicárselas, porque la sola disposición le hará suceder en esas cosas concretas.

Sólo se puede partir entre unos instituidos sucesores aquello de que se ha dispuesto a favor de esos instituidos. Nunca puede alcanzar esa partición a adjudicarles aquello de que se dispuso a favor de otros, o, en general, de que no se dispuso a favor de ellos. Por eso en los dos primeros ejemplos vistos nos encontramos frente a una partición (52), aunque por no haberla verificado, guardando la *proporción* debida, sea impugnabile por lesión. Por el contrario, en el último no existe partición, y, por tanto, el artículo 1.075 es inaplicable, lo mismo que el 1.056.

Lesión, como hemos visto, es el perjuicio que se sufre por la diferencia entre el valor que se debía recibir y el inferior de aquello que se adjudicó y recibió. Ocioso es decir que esta idea impregna los artículos del Código que tratan de rescisión por lesión de la partición. Basta echarles una ojeada para comprobarlo.

Con respecto a la evaluación de las cosas asignadas a cada sucesor al partir, hemos de hacer notar que su valor es el valor que realmente tengan en el momento de la delación de la herencia a favor de estos sucesores. Contra esto que decimos no cabe oponer—por inexacta—

---

(52) Se *dispuso* a favor de dos personas, de la herencia o de los muebles, y entre ellas se parten esa herencia o esos muebles.

la idea de que—con tal que no perjudique las legítimas—a la valoración que debe atenderse es a la hecha por el testador (53).

El Código habla de lesión de la legítima—artículos 1.075 y 1.056, por ejemplo—. Para ver si hay tal lesión no se atiende a posibles valoraciones hechas por el testador, porque para fijar la legítima se atenderá al valor—pero al valor real—de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento (artículo 818). Fijada así, es claro que se la lesiona en cuanto los bienes dejados al legítimo no alcancen a cubrir el valor de la legítima que le es debida.

Igualmente, para ver si hay lesión en más de la cuarta parte, en el caso de partición hecha por el testador, se atenderá al verdadero valor de los bienes partidos. No la habrá si este valor alcanza al de la parte de la herencia a que corresponde. Si la habrá, por el contrario, cuando el valor de lo adjudicado en la partición sea inferior al de la parte de herencia de que se dispuso a favor del lesionado. Este es el mismo sano criterio objetivo que preside el artículo 1.074.

Lo que sí hay es que como el testador no tiene otro límite a su facultad de disponer que el de la legítima, cualquier disposición que realice de una cosa, valorando dicha cosa o dando normas para su valoración, prevalecerá en tanto no perjudique la legítima. Pero no prevalecerá porque se imponga la valoración que él realice, sino porque—habida cuenta del verdadero valor de la cosa de *que dispuso*—no perjudica la legítima. O sea, no hay libertad para valorar (mejor dicho, si la hay, aunque la valoración es, desde luego, inoperante como tal valoración), sino libertad para disponer.

Por otro lado, el valor (o la norma para fijarlo) que al partir dé el causante a lo partido sólo nos puede llevar—como elemento de interpretación—a entender que su voluntad fué disponer en la forma en que partió. Y si es posible entender manifestada esa voluntad en la declaración testamentaria, prevalecerá. Pero si hemos de llegar a la conclusión de que dispuso en determinada forma—por ejemplo: sean herederos mis tres hijos por partes iguales—y que la partición, teniendo en cuenta el valor real de lo partido, no se ajusta a la disposición, sino que la concordancia de ambas es sólo aparente (concordancia basada en las valoraciones realizadas por el testador), entonces la partición será impugnabile por lesión.

## VI. Si la lesión debe ser en más de un cuarto

La lesión nos parece que deberá ser en más de un cuarto. Esto es aceptado unánimemente. Es decir, independientemente del sentido en que se tome el artículo 1.056 y de la interpretación que se dé al 1.075, se admite que, para poder impugnar por lesión una partición hecha por

(53) En este sentido—que rechazamos—ya vimos cómo la reciente sentencia de 6 de marzo de 1945 decía que el testador tiene una amplia libertad no sólo en la composición cualitativa de los lotes, sino también en la *distribución valorativa*. Cfr. también el art. 1.046 de la ley de Enjuiciamiento civil.

el testador, no basta que haya lesión y que se den las circunstancias que la interpretación dada al 1.075 exija—por ejemplo, según la interpretación común de ese 1.075, que aparezca que fué voluntad del testador que se pudiese impugnar por lesión, aunque ésta no alcanzase a la legítima—, sino que es necesario que la lesión ascienda a más de un cuarto.

Aunque pueda parecer y haya parecido—cómo puede observarse en la doctrina y jurisprudencia que recogimos—que los artículos 1.056 y 1.075 pretenden hacer de la partición que el testador realiza una partición más inatacable por lesión que las demás, ya hemos visto que por esta causa es siempre impugnabile, lo mismo que las otras. Ahora bien: comprobado que las apariencias del 1.056 son engañosas y que el “se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos” no hace—en este aspecto—la partición que el testador realizó, más invulnerable que cualquier otra, hemos de reconocer que, desde luego, lo que no es admisible frente al 1.056 es suponer que el deseo del legislador fuese hacer dicha partición más fácilmente atacable que las demás. Y eso mismo es lo que se deduce también de la relación entre los artículos 1.074 y 1.075. En efecto: el 1.074 sienta el criterio general de que “podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de un cuarto”. Lo cual significa que no se tienen en cuenta lesiones de menos monta; es decir, que lesión con efectos jurídicos sólo es la lesión en más de un cuarto, y que, por tanto, para el Derecho, si no alcanza ese límite, es como si no existiese. Por eso cuando después se habla de la impugnabilidad por lesión o de la duración de la acción rescisoria por causa de lesión se sobrentiende que el Código se refiere a impugnabilidad por lesión o a acción rescisoria por causa de lesión, pero por lesión o de lesión en más de un cuarto.

Admitido, pues, que la partición hecha por el testador es impugnabile por lesión, es necesario hacer notar que tanto aquel artículo como estos dos, exigen que lo sea *solamente* cuando lo son las demás, o sea cuando la lesión supere el cuarto.

Se permite impugnar la partición hecha por el testador cuando sea otra su voluntad, es decir, cuando haya lesión. Lo cual es permitir impugnar por discrepancia, porque ésta es lesiva.

Con carácter general se ha exigido que para que las particiones sean impugnables por lesión no basta que haya lesión, sino que es preciso que ésta supere el cuarto, o, si se prefiere, se ha dicho que no se estima que haya lesión hasta que ésta sobrepase ese cuarto; lo cual quiere decir que la discrepancia entre partición y disposición no se toma en cuenta en el 1.075 ni sirve para impugnar por lesión la partición, hasta que produzca una lesión en más de un cuarto.

Habría razones para rechazar lo de que la partición del testador haya de producir lesión en más de un cuarto para poder ser impugnabile.

Primeramente, la referible a toda partición de que, dado el criterio que preside la regulación de esta materia en el Código, de permitir indemnizar al lesionado que impugna, evitando así el que se proceda

a nueva partición, sería más justo no exigir una lesión de tanta monta—que tratándose de herencia cuantiosa puede ser verdaderamente elevada—y admitir la impugnación basada en otras menores.

En segundo lugar, también es de tener en cuenta la especial naturaleza de esta partición, que hace que carezca de garantías que ofrecen las otras, y que encierre posibilidades de lesión en casos en que esas otras no las encierran. Piénsese, por ejemplo, en las particiones judiciales o en las hechas de común acuerdo por los interesados. Las seguridades que aquéllas ofrecen y la intervención de los comuneros en ésta hacen o más difícil el que se lesione o más fácil que, por esa intervención, se puedan defender los propios intereses, y que, en último término, si éstos se perjudican se deba exigir—para impugnar—un perjuicio mayor, proporcional a la mayor posibilidad de defensa que esta clase de partición ofrece. Y no concurriendo estas circunstancias en la partición hecha por el testador, sería más justo permitir impugnarla por cualquier lesión cuando sin lugar a dudas se demostrase su existencia.

Esa falta de garantías y seguridad proviene muy especialmente de que los bienes que se parten en cualquier partición no hecha por el testador—cuya partición no hecha por el testador confiere, según el artículo 1.068, a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados—, lo mismo que su valor, no han estado expuestos—entre partición y adquisición—a las alteraciones y cambios a que lo están, tanto ese valor como las propias cosas adjudicadas, en la hecha por el testador, cuyos cambios y alteraciones es injusto que las sufra aquel cuyos no son todavía los bienes (54).

(54) Contra esta afirmación no cabe alegar un argumento que a simple vista puede parecer acertado. Helo aquí: en principio general, el que sucede en derechos determinados, se perjudica o se beneficia con los cambios desfavorables o favorables atinentes a dichos derechos, y que tienen lugar desde que se le instituye hasta que los adquiere. Por ejemplo: el legatario recibe la casa que se le legó, valga más o menos que cuando se redactó el testamento, y no tiene derecho a nada más, aunque al morir el causante se halle ya en estado ruinoso.

Basándose en esto se podría quizá decir que sucediéndose también, en el caso de partición hecha por el testador, en aquello determinado que éste incluyó en cada lote, sería lógico que el beneficio o perjuicio que los componentes de este lote experimenten afecten exclusivamente a aquel a quien fué asignado.

Admitir este argumento como bueno sería erróneo, porque en el caso del legatario éste sucede en el derecho determinado porque se le instituyó en él, mientras que en el caso de partición hecha por el testador no se sucede en los derechos que forman el lote porque se haya instituido en ellos, sino sólo en cuanto se les asigna para satisfacer el derecho sucesorio que se confirmó.

Al momento de la delación, el legatario es llamado a ser titular de un derecho de propiedad sobre la casa, valga lo que valga. El coheredero al que se asigna una casa, en el caso de herencia que dividió el testador, no es llamado a ser titular de un derecho de propiedad sobre esa casa, valga lo que valga, sino que es llamado, por ejemplo, a una cuarta parte de la herencia, para cubrir cuya parte se le asignó la casa. Así, pues, no es llamado a ésta en sí, sino en cuanto representa un cuarto del valor de la herencia. De tal manera que si tal casa ha disminuído de valor desde que se redactó la partición y no alcanza a cubrir ese cuarto, tendrá derecho a que se le complete hasta cubrir la porción a que se le llamó.

Todo ello quiere decir que verdaderamente serán muchos más los casos en los que la partición hecha por el testador produzca lesión que aquellos otros en que la produzcan las otras particiones. Y, por tanto, que serán muchas más las lesiones que se queden sin reparar—las que no superen el cuarto—en aras de un principio de estabilidad de la partición, para cuya defensa se podrían arbitrar medios—indemnización, por ejemplo—que, permitiendo conseguir el mismo fin, dejasen a salvo los derechos que con el procedimiento de lesión en más de un cuarto se sacrifican.

A pesar de todo esto, tenemos que reconocer que el Código—basado en este mal entendido principio de estabilidad de la partición—, y su interpretación unánimemente aceptada y acertada—según creemos—, imponen el límite del cuarto a la posibilidad de impugnación por lesión de la partición hecha por el testador.

### VII. Momento en el que debe apreciarse la lesión

Dice el artículo 1.074: “Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas”.

Y para apreciar la existencia de lesión en más de un cuarto en la partición del testador, cabe preguntarse: ¿A qué momento hemos de atender para calcular el valor de las cosas?

Creemos que—habida cuenta de la particular naturaleza de la partición hecha por el testador—la respuesta la da la aplicación del principio que preside el 1.074 a nuestro caso.

La última palabra de este artículo—*adjudicadas*—no se debe entender—con referencia a la partición hecha por el testador, que es siempre un acto mortis causa—que alude al momento en que la partición se realiza y se incluyen los bienes en cada lote, sino a aquel otro en que dicha partición entra en vigor y produce sus efectos. Es decir, los bienes partidos por el testador se entienden adjudicados en el momento en que se produce la delación a favor de aquel en cuyo lote están incluidos. O, si se quiere—a tenor de lo que decimos más arriba—, el espíritu del “*adjudicadas*” del 1.074 aplicado a la partición del testador, postularía el cálculo de la lesión atendido el valor de los bienes al momento de producirse la antedicha delación. Ese, y no el en que se realizó la partición, es el momento para calcular si existe lesión en más de un cuarto.

En favor de esto podemos aducir, además, lo siguiente: en los Códigos italiano de 1865 y francés, en los que, como se sabe, el tipo de partición por acto inter vivos es una auténtica donación por acto inter vivos, se admite—como ya vimos—la impugnabilidad de la partición por lesión en más de un cuarto, en aquél sólo para las realizadas por acto inter vivos, en éste también para las testamentarias (55). Ahora

(55) Artículos 1.048 y 1.079. Sobre esto y lo siguiente, véase PACIFICI-MAZZONI: *Codice civile italiano commentato*, vol. VI, 4.ª edic., Firenze 1910, n. 218 y siguientes. BELORTI, ob. cit., n. 282 y sgs.



bien; para calcular la lesión en la partición-donación (partición por acto inter vivos, en sentido técnico, y no mortis causa, encerrada en forma inter vivos, como es la partición por acto inter vivos del 1.056) sería mucho más lógico en ambos países que en el nuestro, el tener en cuenta el valor de los bienes al momento de partirlos, ya que desde ese momento los adquiere el donatario. Pues bien; no sucede así. En Italia, aunque la opinión dominante se inclina por la apreciación de la lesión según el valor de los bienes al momento de la partición (véase artículo 1.041 del Codice civile), no falta quien haya sostenido el punto de vista de que se debe atender al valor que tienen al morir el causante-partidor (ascendiente) (56), y en Francia la opinión más extendida es esta última (57), y particularmente la jurisprudencia sostiene reiterada y firmemente que la evaluación de la lesión debe hacerse en la época del fallecimiento porque la apertura de la sucesión del ascendiente es lo que da al acto que realizó el carácter de partición hereditaria y lo único que permite atacarla por causa de lesión (58). Cuando se trata de partición testamentaria, la doctrina y jurisprudencia francesas entienden unánimemente que el momento del fallecimiento es el indicado para la apreciación de la lesión. Todo ello a pesar de tener en su derecho un artículo 890 que, como nuestro 1.074, dice: "Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage".

### VIII. Verdadero sentido del artículo 1.056

Si en buenos principios es inadmisibile un artículo 1.056, entendido en la forma en que comúnmente se le entiende, más inadmisibile es todavía cualquier intento de justificarlo en la forma en que también comúnmente se le intenta justificar. Creemos que si no hubiese habido manera de eludir tal artículo 1.056 con un sentido como el que rechazamos, a lo más que se podría haber llegado sería a excusarlo, pero nunca a tratar de justificarlo, y decimos tratar, porque para nosotros tenemos que lo más que cabe es un intento de justificación, pero no éste ni nada que verdaderamente se le asemeje.

Sin embargo, se le suele ver como una cosa muy natural a ese 1.056 —en su mal sentido—y repetir de él algo que ni es nuevo ni mucho menos, y que ya GARCÍA GOYENA había recogido y dicho del 899 del

(56) Véase BELOTTI, ob. cit., n. 291.

(57) Véase AUBRY et RAU: *Cours de droit civil français*, 4.<sup>a</sup> edic., t. VIII, § 734, nota 12; REQUIER: *Traité théorique et pratique des partages d'ascendants*, París, 1868, núms. 134 a 138; BELOTTI, ob. cit., pág. 246, nota 1.

(58) PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, 9.<sup>a</sup> edic., t. III, n. 3.387; BAUDRY-LACANTINERIE: *Precis de Droit civil*, t. III, 12.<sup>a</sup> edic., n. 1.329. Particularmente critica BAUDRY-LACANTINERIE que la jurisprudencia, que comenzó por admitir que se puede ejercitar la acción rescisoria por lesión tan luego como se haya realizado la partición lesiva, se haya orientado posteriormente en el sentido que indica el texto; COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. cit., pág. 141; BELOTTI, ob. cit., n. 286.

Proyecto de 1851, que—como sabemos—es su causa próxima: “Cuando los herederos no sean forzosos, mal podrán ir contra la voluntad del que los ha favorecido; y si son hijos o descendientes deben respetar el juicio y la voluntad del padre en cuanto no menoscabe la legítima” (59).

Realmente ese sentido del 1.056 sería una proposición íntegramente herética, después de haberse sentado el dogma de que el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento (art. 667 del Código), y de haber señalado unas formas *ad solemnitatem* de disposición *mortis causa*, y de haber dicho antes que la sucesión se difiere por voluntad del hombre *manifestada en testamento* (art. 658). Es decir, que no basta la voluntad manifestada, por muy indudable que sea tal manifestación de voluntad (por muy clara que aparezca en la partición).

Como hemos advertido con anterioridad, en el caso de no existir legitimarios, la partición hecha por el testador carecería de límite alguno y sería una auténtica forma de disponer *mortis causa* sin necesidad de testamento. Mejor dicho, no sin necesidad de testamento, ya que el partidor deberá haber testado, sino con necesidad de testamento que sirviese de una especie de testafarro, puesto que existiendo él, ya se podría hacer de la herencia lo que se quisiese—o poco menos—, haciendo caso omiso del testamento. Algo semejante sucedería si existiesen legitimarios, ya que con la partición se podría conseguir lo mismo que con el testamento, puesto que también éste tiene el límite de la legítima.

Se nos dirá que el que no tiene legitimarios y puede testar en forma tan sencilla como la ológrafa no recurrirá probablemente a esas maquiavélicas maquinaciones para dar a su herencia el destino que le plazca; pero podemos responder que, aunque prácticamente sean así las cosas, ello no quita ni un ápice de fuerza, desde el punto de vista teórico, a la postura que adoptamos.

Por otro lado, muchas veces la discrepancia entre partición y disposición proviene de cambios operados en los bienes que compondrán la herencia o en su valor, y en estos casos la discrepancia no es achacable a que en el momento de partir no se haya atendido el testador a su disposición, pero es lo cierto que la discrepancia ha surgido. En estos casos se ha operado un cambio objetivo y no en la voluntad del testador-partidor. No se puede decir que el testador, si hubiese querido realmente lo que dispuso, podía haber partido de acuerdo con su disposición, porque así lo hizo. Se nos puede, sin embargo, objetar que si siguió queriendo la disposición, pudo haber modificado la partición, pero podemos responder que de haber querido verdaderamente la partición—según el nuevo estado de cosas—habría variado la disposición, cosa que no hizo (59 bis).

(59) Ob. cit., t. cit., pág. 263.

(59 bis) Hay supuestos en los que ni siquiera es posible hacer esa objeción. Por ejemplo: El que después de disponer y partir, sufre enajenación mental, al cual no le cabe la posibilidad de rectificar una partición que por cambio de bienes o del valor de los mismos, haya llegado a discordar de la disposición.

Además, que las solemnidades requeridas para disponer mortis causa no son un mero capricho. No cabe admitir que las formas testamentarias sean un antojo del legislador, al que le place que la manifestación de voluntad no valga por sí sola, sino encerrada en esos moldes. Se olvidaría, al objetarnos en las maneras arriba indicadas, que el fin de seguridad que persiguen las formas de testar—cerciorarse hasta el límite de lo posible que aquélla es la manifestación auténtica de la auténtica voluntad del testador—no se consigue si sin ellas se concede eficacia a la manifestación de lo querido. Y si se piensa de otra manera, no sabemos entonces a qué se aguarda para pedir la desaparición de toda clase de formas *ad solemnitatem* en estas materias y la implantación en un nuevo Ordenamiento de Alcalá, del principio: "En cualquier manera que parezca que uno quiso disponer mortis causa valga su disposición".

Menos mal que el artículo 1.075 hace ver claro que el 1.056 no es lo que el 899 del Proyecto era, y felizmente tampoco necesitamos decir para excusarlo lo que GARCÍA GOYENA decía del 899 al justificarlo: "La partición hecha por el testador era la más firme entre los romanos, pues no se rescindía por lesión enorme si quedaba salva la legítima" (60).

Si se fundamenta el que deba pasarse por la partición—en cuanto no perjudique la legítima—en el hecho de que se podía haber *dispuesto* sin otro límite que esa legítima, y, por ejemplo, se razona así para hacer triunfar una partición, que discrepe del testamento, realizada por acto inter vivos después de ese testamento (61); nos bastaría repetir, para hacer ver que ese pretendido fundamento no existe, que, por lo menos, igual de clara e indudablemente se aprecia el cambio de voluntad cuando se otorga un testamento posterior disponiendo de la herencia de forma distinta de la que se dispuso en el anterior, y que, sin embargo, si el posterior es nulo por defecto de forma, no por eso la voluntad en él manifestada prevalece en cuanto no perjudique la legítima, contra lo que se dispuso en el anterior.

Nos parece que siempre deberá cumplirse la disposición y adaptar a ella la partición en caso de discrepancia, no ya por el rango superior de aquélla ni porque aquélla es la ley y ésta el reglamento, sino por otra razón más aplastante si cabe: por la de que lo quiso el testador.

Permítasenos repetir de nuevo el argumento que refutábamos, y volverlo del revés: se dice que el límite de la partición es la legítima y que es lógico respetar esa partición, en la que se concreta la voluntad del causante, puesto que de lo que el causante partió y atribuyó respetando la legítima, pudo disponer en la forma misma en que partió.

Precisamente éste es nuestro argumento en contra de la validez de esa partición en cuanto discrepe de la disposición: si se dice que lo que se hizo *partiendo* debe imponerse porque se pudo hacerlo *dispo-*

(60) Ob. cit., t. cit., pág. 263.

(61) Piénsese que hay algo más grave: que el testamento sea posterior a la partición, como admiten las sentencias de 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1945.

nicndo, nosotros respondemos que si no se hizo *disponiendo*, sino que se *dispuso* otra cosa—y no se alteró la disposición hasta el momento de la muerte—, indudablemente es porque no se quiso, ya que se pudo (62).

El 1.056 ni dice que la partición debe ajustarse a la disposición, ni da ningún remedio para que cuando exista discrepancia entre ellas se subordine la partición a la disposición, pero ni deja de decirlo ni deja de darlo porque falten ambos principios, sino porque no le incumbe esa misión. De sobra ha proclamado el Código que el acto de disposición mortis causa ha de realizarse en testamento, y la propia naturaleza de las cosas indica que partición, división, determinación de los bienes concretos con que satisfará el derecho sucesorio, es algo subordinado, al acto dispositivo, es ejecución del mismo y, por tanto, que siempre ha de posponérsele. Por otro lado, basta con el 1.075 para poder impugnar la partición que discrepe de la disposición.

Ante todo, nos interesa destacar esto: no se nos puede objetar que incurrimos en petición de principio, porque no damos por hecho, sin fundamento, que la partición deba ajustarse a la disposición; lo único que reconocemos es que tal necesidad no se declara explícitamente en el artículo 1.056, pero indudablemente existe, como se manifiesta de forma definitiva en el 1.075 al permitir que se impugne la partición que discrepe de la disposición. O sea, ese principio de subordinación de la partición a la disposición, que se expresa en el 1.075 y que es base del mismo, es también la base, aunque no se exprese, del 1.056.

Ahora bien; no se crea que sentado esto hayamos dejado carente de todo sentido el artículo 1.056.

En primer lugar, éste sirve para ordenar que sólo puede partir el que testa. En segundo lugar deroga el 1.061, permitiendo al testador adjudicar cosas de distinta naturaleza, calidad y especie.

Ciertamente que el “se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima” quiere decir algo más, pero ello lo vamos a ver:

Quiere decir que no es necesaria para la validez de la partición la aprobación de los sucesores interesados. Quiere decir también, advierte SÁNCHEZ ROMÁN, que en cualquier modificación o adición que en la partición se imponga, habrá de tenerse como criterio preferente el

---

(62) El testador instituye herederas por partes iguales a dos personas no legitimarias, y por acto inter vivos, parte, atribuyendo a una bienes por valor de ocho décimas partes, o bien parte haciendo dos grupos de bienes que realmente valen igual; pero después—por las razones que sean—el valor de los bienes de un lote aumenta y el del otro disminuye hasta el punto de valer ocho y dos décimas, respectivamente. Muere sin modificar ni el testamento ni la partición.

Al que diga que se pasará por la partición, creemos que no sería ninguna salida de tono responderle que los herederos sucederán por partes iguales: 1.º, porque hay un art. 738 que dice: “El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar”, y un 1.075 que dice aquello tan repetido de que la partición hecha por el testador puede impugnarse por lesión en el caso de que aparezca o racionalmente se presume que fué otra su voluntad; 2.º, porque la *disposición*—testamento—no ha sufrido modificación, o sea, se sigue queriendo—tanto, por lo menos, como aseguran que se quiere la partición, los que sostienen el punto de vista contrario al nuestro—, y en ella se ordena la sucesión por partes iguales.

de conservar dicha partición hecha por el difunto, mientras sea posible, limitándose a modificarla o adicionarla en lo que fuere preciso (63).

Como indicó la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904, el precepto de este artículo 1.056 "no tiene más alcance que el de poder hacer en vida lo que habría que hacer con una herencia después del fallecimiento de la persona de quien procede, bien para economizar este trabajo a los herederos, bien para realizar la adjudicación de los bienes de manera más conforme con la voluntad del testador".

Si el "se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima" se entendiese en el sentido absoluto que propugnan los que defienden que no ha de ajustarse la partición a la disposición, habría que llevarlo a sus últimas consecuencias y admitir que *ninguna, absolutamente ninguna* causa que no fuere ésa permitirá impugnarla, lo cual es de todo punto insostenible.

El artículo 1.056 indica que la partición carece de base cuando no hay disposición o ésta es ineficaz. Significa este artículo que *la partición vale en tanto valga la disposición*. Que se pasará por la partición en cuanto no perjudique la legítima—habida cuenta de que ha de ajustarse la partición a la disposición—quiere decir que, si no es atacable por otras razones ajenas a la cuestión que estudiamos, *se pasará por ella en cuanto haya que pasar por la disposición* que el testador haya realizado, ya que por ésta hay también que pasar en cuanto respete la legítima. Por eso decía con acierto SÁNCHEZ ROMÁN que la partición hecha por el testador no tiene en sí misma limitación alguna especial más que la de ajustarse al testamento, pues la que consigna el artículo 1.056 de que no se perjudique con ella a la legítima, afecta realmente a la disposición testamentaria y no a la partición.

Cuando el testador, al disponer, viola lo ordenado en el Código referente a la legítima, se concede al titular del derecho violado el poder de atacar la disposición. Esto sucede así porque el Código es ley de los testamentos (disposiciones).

Cuando el partidor viola lo dispuesto en el Código (ley del testamento) sobre la legítima, o en el testamento (ley de la partición) sobre la herencia, se le concede al perjudicado el derecho de impugnar. Y eso es lo que hace el 1.075 al permitir atacar la partición por lesión en la legítima—*en el caso de que la partición se ajuste y concuerde con una disposición lesiva para la legítima*, ya que también es atacable tal disposición por no atenerse a su ley—y al permitir también atacar la partición que discrepe de la disposición realizada en el testamento.

Fijado así el sentido del artículo 1.056, vemos que, como el 1.075, responde a la idea de que el testador en la partición debe respetar la disposición, o, para ser rigurosamente exactos, responde a la idea de que, al momento de producir sus efectos, disposición y partición deben

(63) Ob. cit., t. cit., pág. 1991.

concordar y llevar ésta a aquélla verdaderamente a la práctica (64). Y si esto no se lleva al extremo de no tolerar ninguna discordancia, por pequeña que sea, es porque, como decíamos, en aras de un principio de estabilidad de la partición mal entendido, y habida cuenta de la extraordinaria dificultad práctica de medir exactamente y sin lugar a dudas el valor de los distintos elementos de la futura herencia, para que hasta en lo más nimio fuese la partición un reflejo de lo dispuesto, se considera que la discordancia no es digna de tener en cuenta o que, con un criterio amplio, no hay tal discordancia cuando la lesión que se produce no sobrepasa el límite del cuarto. Es decir, jurídicamente no hay discrepancia digna de ser tomada en cuenta si—permítasenos—el desacuerdo no supera ese límite.

Aunque por distinto camino, llegamos a la misma conclusión que SÁNCHEZ ROMÁN (65) sostiene de forma decidida. Rotundamente afirmamos con él que la partición, *hágala quien quiera*, no suple al testamento ni menos se le antepone ni puede subsistir cuando no guarda conformidad con las disposiciones de aquél y se ajusta a ellas.

## IX. Lesión y evicción

### I. Relación entre ambas.

Quizá fuera más perfecto en un instituto como el de la partición hecha por el testador, excesivamente alejado de aquellos otros en los que realmente procede insertar la obligación de garantía (66), admitir que al producirse la evicción lo que hay o se descubre es una efectiva lesión.

Verdaderamente, la obligación de garantía o saneamiento es aplicable no sólo a la compraventa, sino en general—como se suele advertir—a los contratos traslativos a título oneroso. Y así el mismo Código—indica, por ejemplo, CASTÁN (67)—habla de saneamiento o hace aplicación de sus principios en lugares diversos de la compraventa, como la permuta (art. 1.540), el arrendamiento (art. 1.553) la enfiteusis (art. 1.643), la sociedad (art. 1.681), la donación onerosa (artículo 638), las particiones (arts. 1.069 y 1.070), etc.

(64) Como el momento que importa para juzgar las relaciones entre disposición y partición es aquel en que se produce la delación a favor de los instituidos en los bienes partidos, resultará que lo mismo que es atacable la partición que concordase con la disposición al momento de redactarla pero que no se ajuste a ella al momento de la delación, no será atacable la partición que en este momento ejecute verdaderamente la disposición, a pesar de posibles discordancias anteriores.

(65) Ob. cit., t. cit., pág. 2122.

(66) Hablamos de que proceda la inserción de esta obligación, situados en el punto de vista de nuestro Código. Para nosotros, desde luego, sería preferible entender que para estar obligado a la garantía no hace falta la existencia de esta obligación en particular, como algo distinto y aparte, sino que basta con la obligación principal, de la cual la garantía no es nada más que una consecuencia.

(67) Ob. cit., t. III, pág. 40.

Ahora bien; es que los distintos tipos de partición son a veces tan desemejantes—en algunos aspectos—entre sí, que no se pueden aplicar a todos las mismas reglas.

Sin entrar aquí ahora en problemas relativos a la naturaleza declarativa o traslativa de la partición, podemos asegurar que si alguna reúne las notas de contractual y traslativa a título oneroso, esa es la realizada por los cosucesores de común acuerdo, por lo cual tiene las características para que, con más acierto que en ninguna otra partición, se pueda entender que nace de ella la obligación de garantía de los lotes. Sin embargo, no podemos decir lo mismo de la partición hecha por el testador. En ésta ni hay contrato, ni transmisión de unos cosucesores (los que garantizan) a otro, ni siquiera la única transmisión—del testador al sucesor—que, cuando la partición produce sus efectos, se realiza, es a título oneroso. De forma que esta partición, que precisamente lo que hace es evitar la comunidad hereditaria, difícilmente podría generar—en buena técnica jurídica—la obligación de sanear los lotes y hacer que esa obligación pesase sobre el que sucede en los derechos que se le asignaron, con absoluta independencia y perfecta separación de aquel cuyo lote está obligado a sanear.

La obligación de sanear implica un tipo de relación entre sus sujetos activo y pasivo—relación en la que se basa—, cuyo tipo de relación no existe entre los cosucesores en el caso de que la partición la haga el testador.

Por todo esto pensamos que lo exacto hubiese, probablemente, sido entender que el efecto dañoso de la evicción, cuando la partición la hubiese hecho el testador, se borraría no mediante el expediente de una obligación de sanear—en su más riguroso sentido—, sino por el camino de una reparación que habrían de realizar los cosucesores, en concepto no de obligados a sanear—en ese sentido estricto—, sino de obligados a indemnizar a su cosucesor lesionado.

La evicción al producirse acarrea un perjuicio, cuyo perjuicio, o es por sí una lesión o muestra realmente la existencia de ella, porque se descubre que el que sufrió la evicción no había adquirido el derecho que da lugar a que ésta se produzca. Lo cual quiere decir que aparece un vacío entre los derechos que debieron serle conferidos para satisfacer la cuota que, en virtud de la disposición testamentaria, le era debida. Es decir, que no recibió el valor debido, ya que en parte—en lo que se produjo la evicción—la adquisición fué ficticia.

Así pues, la evicción o es productora de lesión o es prueba de que la lesión existe. Pero ésta se debe corregir como tal lesión, bien que teniendo en cuenta que su descubrimiento posiblemente posterior al momento de extinción de la acción ordinaria de impugnación, así como alguna otra peculiaridad, pueden dar lugar a ciertas especialidades, por ejemplo, que solamente permita exigir indemnización (68).

(68) Propiamente el Código habla de lesión para designar lo que podríamos llamar lesión inicial—o sea, valor de lo adquirido que no alcanza al de lo debido adquirir—; pero es que la evicción es solamente eso—ya que el que se produzca es consecuencia de la falta de adquisición de un derecho—, o si se quiere, todo

Pues bien, sea de lo anterior lo que fuere, lo que es en rigor equivocado es hablar—como vimos que lo hacía el Proyecto de 1851—de obligación de sanear, para luego, cuando la evicción se produzca, conceder el remedio de impugnación de la partición por lesión.

Pero visto precisamente eso anterior, cabe insinuar que al permitir el artículo 923 del Proyecto impugnar por lesión la partición hecha por el testador cuando se produzca la evicción y aparezca o racionalmente se presume que no quiso el testador que cesara entre los coherederos el deber de garantía, lo que se hace no es crear un supuesto de saneamiento en sentido técnico, sino simplemente utilizar, con inexactitud terminológica, una expresión—“quedar los coherederos obligados entre sí a la evicción y saneamiento”—que lo que realmente quiere decir es que se puede impugnar la partición por lesión cuando se dé el supuesto —evicción—que *obligaría* a sanear.

Volviendo al Código, cabe afirmar que, en definitiva, la obligación de sanear y la impugnación de la partición por lesión—habida cuenta de que el artículo 1.077 permite al demandado optar por indemnizar—desembocan en lo mismo siempre que éste lo quiera.

## 2. *Vicios ocultos.*

Surge una duda, por lo que se refiere a los vicios ocultos. Como vimos, en P. 6, 15, 9, solamente se hablaba de evicción: “Por facer partición de los bienes que han en uno los herederos viniendo delante del judgador, deueles de su oficio mandar, después que la partición es fecha, que den recabdo los unos a los otros, que si alguno otro extraño demandasse después alguna cosa de las que cayessen en parte a alguno dellos, mostrando que ha derecho de la auer, toda, o parte della, que *si le venciére por juyzio*, los otros herederos sean tenudos de facerle emienda de aquello que assi perdía”. También el Proyecto de 1851 hablaba sólo de “quedar obligados los coherederos entre sí a la *evicción* y saneamiento” (art. 917). (69). Lo cual era algo así como lo que se decía en el Código francés: “Les cohéritiers demeurent respectivement garants, les uns envers les autres, des *troubles et évictions* seulement qui procedent d’une cause antérieure au partage” (art. 884, primer párrafo). De cuyo Código copió, más al pie de la letra, el italiano de 1865: “I coeredi si debbono vicendevole garntia per le sole *molestie el evizioni* procedenti da causa anteriore alla divisione” (art. 1.035, primer párrafo).

Igualmente, al tratar de los casos en que no ha lugar la obligación de

lo más, podría quizá concebirse como una lesión sobrevenida. La prueba de su carácter verdadero es que debe quedar a salvo la legítima del que la sufre; lo cual es suficientemente significativo a la vista del art. 818.

Sobre relaciones en nuestro Código entre lesión y evicción, cfr., por ejemplo, SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., t. cit., pág. 2.108. y MANRESA, ob. cit., t. cit., páginas 742-3.

(69) Como el Proyecto tampoco habla de vicios, al tratar de lo relacionado en él con la obligación de garantía, sólo hemos hablado de garantía en caso de evicción lo cual no debe entenderse sino en el sentido de haber dejado pendiente la cuestión de si la garantía abarca a los vicios.



garantía, se alude solamente a la *evicción*. Así, P. 6, 15, 9; "Pero si el padre, o el testador, partiese él mismo... si después que él finase, *evenciessen alguno dellos en juyzio* alguna de las cosas que le vinieren en su parte, estonces los otros herederos non serían tenudos de fazerle emienda ninguna". El Proyecto decía: "Cesa también la obligación del artículo 917 cuando de buena fe se pactó lo contrario, y cuando la *evicción* proceda de causa posterior a aquélla, o por culpa del heredero que la sufre". Y el Código francés: "La *garantie n'a pas lieu*, si l'espèce d'*éviction* soufferte a été exceptée par una clause particulière et expresse de l'acte de partage; elle cesse, si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'*éviction*" (art. 884, 2.<sup>a</sup> parte). Y el Código italiano: "La *garantía non ha luogo*, se la *qualità della evizione sofferta è stata eccettuata con una clausola particolare ed espresa nell'atto di divisione*, o se il coerede *soffre l'evizione per propria colpa*" (art. 1.035, segundo párrafo).

El Código, siguiendo esa trayectoria, habla también sólo de *evicción* y saneamiento (70) en su artículo 1.069, y ya únicamente de *evicción* en el número 3.º del 1.070, así como en el 1.071.

Nuestra doctrina entiende casi unánimemente, sin embargo, que se refiere el Código, al imponer la obligación de sanear, tanto al saneamiento en caso de *evicción* como en caso de vicios ocultos, y que lo que hay es sólo que se expresa defectuosamente. Sentado ya esto, añaden los autores que son de aplicar las reglas que rigen el saneamiento en la compraventa.

Cabe, además de ésta, otra postura, la de entender que no existe obligación de saneamiento por vicios, porque éstos producen una disminución del valor de la cosa viciada, y si en la partición no se tuvo en cuenta este menor valor, lo que realmente existe es un supuesto de lesión.

Los coherederos no se deben—dice, por ejemplo, PACIFICI-MAZZONI (71)—garantía por vicios y defectos de la cosa. El artículo 1.035 del Código italiano—y lo mismo podríamos decir de los de nuestro Código—no deja duda ninguna, ya que solamente alude a perturbación y *evicción*—el nuestro se refiere a ésta, pero no a aquélla—, y calla sobre los vicios o defectos. El silencio este es más decisivo si se tiene en cuenta que al hablar de la obligación de garantía en la venta—lo mismo el artículo 1.081 del Código italiano que el 1.474 del nuestro—se alude expresamente a los vicios o defectos ocultos. Las cosas hereditarias deben dividirse como son. Las viciadas valen menos que las no viciadas. Si se han estimado en más de su valor efectivo, el coheredero sufre un daño, el cual si es lesivo dará lugar a la rescisión.

Entre nosotros, MANRESA (72) acoge este punto de vista: cree du-

(70) Que, por otro lado, es inexacto, porque, como se sabe, no es que se esté obligado a la *evicción*, ni que, además, se quede obligado al saneamiento, sino que existe obligación de sanear en caso de *evicción*, o bien en este caso y en el de *vicios ocultos*.

(71) Ob. cit., t. cit., n. 167.

(72) Ob. cit., t. cit., pág. 744.

doso que el saneamiento proceda en el caso de que existan vicios, y se pronuncia, respecto de esa improcedencia, en términos semejantes a los que acabamos de ver: "En caso de venta el comprador paga el precio de la cosa tal como parece ser; por lo cual, no siendo en realidad tal como aparenta, es justo que se le indemnice o sanee, mientras que en la partición de herencia todos los objetos, buenos o malos, con o sin vicios ocultos, han de dividirse, y como el perjuicio, en su caso, puede recaer sobre varios o sobre todos, y no proviene del ejercicio de derecho alguno anterior sobre los bienes por terceras personas, sólo produce un error de estimación o avalúo, que motiva, llegando al límite legal, la acción de rescisión por lesión, mas no la acción de saneamiento".

### 3. Si debe no existir obligación de garantía.

Aparte de la cuestión referente a que, cuando la partición la hace el testador, sea preferible o no llevar los perjuicios que el Código subsana con la obligación de sanear, al campo de la lesión, es lo cierto que, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, esa obligación de sanear es la forma de reparar tales perjuicios, tanto cuando la partición no se ha hecho por el testador como cuando se ha hecho por él. Y esto plantea otro problema: Cuando es el testador el que parte, ¿deberá suprimirse esa obligación de sanear? O sea, ya no se trata de si sería más acertado sustituirla por la figura de la lesión, sino de hacerla desaparecer.

El Código—imitando en esto al Proyecto—adopta una postura intermedia entre nuestro Derecho histórico y las legislaciones extranjeras, a las que suele seguir.

Las Partidas, ya vimos—6, 15, 9—que la suprimían radicalmente, de manera que "si el padre o el testador partiese él mismo", aunque algún coheredero sufriese evicción, los otros "non serian tenudos de facerle emienda ninguna" (73).

Por el contrario, lo mismo el Código francés que el italiano mantienen la obligación de garantía en los mismos términos, tanto si la partición es de las hechas por ascendiente como si no lo es. El artículo 884 del Código francés y el 1.035 del italiano se aplican igualmente a unas y otras particiones, porque no se les limita con una excepción como la que nuestro artículo 1.070-1.º establece (74).

(73) Ya vimos cómo la doctrina entendía suavizado esto.

(74) Así es entendido casi unánimemente. Véanse PLANIOL, ob. cit., t. III, n. 3.366 y 3.362; COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. cit., págs. 138 y 150; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., t. cit., n. 1.326; REQUIER, ob. cit., n. 86; STOLFI: *Diritto civile*, vol. VI, Torino, 1934, núms. 836 y 850; BANTI: *Indennità per evizione della quota attribuita al condicivente* (en Foro italiano, 1885, I, 1.131); BELOTTI, ob. cit., n. 180. Algún caso aislado hay, sin embargo, en el que se sostiene lo contrario. Así, el Tribunal de apelación de Cagliari, en 23 diciembre 1926, decidió que la garantía de las cuotas que los coherederos se deben, según el art. 1.035 del Código civil, se limitó al caso de división contractual—arts. 984 y sgs.—y no alcanza al caso de división hecha por los ascendientes ni en acto inter vivos ni en testamento (BELOTTI, loc. cit., nota 1).

La postura intermedia del Código consiste—respetando la voluntad del testador—en que la obligación no existe sino en el caso de que aparezca o racionalmente se presuma que el testador quiso que naciese (“haber querido lo contrario”) y *salva siempre la legítima*.

Nuestra doctrina considera este artículo 1.070-1.º como una consecuencia del 1.056. Puesto que—según el sentido que ella suele dar a este último—el testador es enteramente libre al practicar la partición, con tal de respetar la legítima, es este límite el único que se le impone, y, por tanto, la única cortapisa posible a la supresión del deber de garantía.

Para MANRESA, sin embargo, el artículo 1.070 no debería formular la excepción de su primer número al 1.069. En efecto: el 1.069 establece la obligación de sanear. El 1.070-1.º la suprime cuando la partición la haga el testador. Y MANRESA cree que el que el testador haga la partición y el que no tenga más límite que el de la legítima “no es realmente un obstáculo para admitir el saneamiento en caso de evicción, pues debe suponerse que el testador no preveía ese resultado, ni pudo querer que el perjuicio proveniente de la pérdida recayese sólo en uno de los herederos, tal vez el preferido por él” (75).

Sin embargo, la excepción del 1.070-1.º se suaviza y la voluntad del testador se respeta, ya que a continuación el mismo 1.070-1.º ordena que aun en el caso de que la evicción sufrida no perjudique la legítima, se deberá sanear si aparece o racionalmente se presume que así lo quiso el testador.

Y he aquí nuevamente que es preciso referirse al respeto debido a la disposición testamentaria, al examinar el supuesto de si puede el testador-partidor suprimir el deber de garantía, aunque su supresión implique, si se produce la evicción, una violación efectiva de la disposición testamentaria.

Probablemente, se nos va a decir que no es el testador-partidor el que suprime la obligación de garantía, sino que es la propia ley la que lo hace. Y se nos va a alegar el comienzo del artículo 1.070-1.º: “La obligación—a que se refiere el artículo anterior—obligación de garantía—sólo cesará en los siguientes casos: 1.º *Cuando el mismo testador hubiese hecho la partición*”.

Habiendo la partición de ajustarse a la disposición, y como si algún cosucesor es despojado de todo o parte de lo que se incluyó en su lote y ha de sufrir él sólo la pérdida, se produce un desajuste entre ambas, que en substancia no es, ni más ni menos, que una lesión (76). sería preciso que, aunque para repararla se siguiese el camino de la obligación de sanear, se la reparase (o sea, que se sanease) para que la disposición se cumpliese.

Por ejemplo: se instituyen herederos a dos personas no legitimarias, por partes iguales. Al partir el testador por acto inter vivos no

(75) Ob. cit., t. cit., pág. 749.

(76) Ya que lo que sucede es que en su lote *no llegaron a entrar*—sólo ficticiamente ingresó el derecho que provoca la evicción—o *no quedan* elementos suficientes para cubrir el valor de la cuota o porción a que fué llamado.

indica nada, ni en pro ni en contra de la obligación de sanear. Muere el testador, y al poco tiempo uno de los herederos, en virtud de evicción, pierde una casa que representa casi toda su participación en la herencia.

Si se sostiene que con arreglo al 1.070-1.º no ha lugar la indemnización, responderemos afirmando lo contrario, precisamente en aras del respeto a la disposición del testador.

Cuando ni en la disposición ni en la partición se exima expresamente de la obligación de sanear, es presumible racionalmente su existencia (haber querido lo contrario de su inexistencia; haber querido lo contrario de su *cesación*), ya quien dispone y parte, no es lógico suponer que quiera verse burlado por algo eventual, probablemente no previsto—como dice MANRESA—, cual es la evicción.

Ahora bien; los términos tajantes del artículo 1.070-1.º hacen tener que admitir que (salvo (77) que “haber querido lo contrario” se entienda referido a voluntad testamentaria dispositiva), aunque la voluntad de eximir discrepe de la disposición testamentaria, cuando la partición la hace el testador y éste *hace constar expresamente* en esa partición su deseo de que no exista obligación, de garantía, si se produce evicción, el perjuicio lo soportará solamente el sucesor que la sufra. Lo cual produce el efecto de que la *disposición* no se cumpla (por ejemplo, el testador dispuso que fueran herederos Juan y Pedro por partes iguales, lo cual no se consigue si a Juan, después de haber recibido la mitad de los bienes, le despojan de ellos y no tiene derecho a indemnización alguna).

El supuesto del artículo 1.070-1.º no es muy lógico, porque la *partición* hecha por el testador supone una *disposición* que es presumible que se quiera mantener, cuyo mantenimiento implica la obligación de garantía (porque si donde se exime de esta obligación es en esa misma disposición, entonces la disposición se respeta y mantiene, aunque no se sanee). El que quiere que en *todo caso*, le sucedan dos personas por partes iguales, no quiere que *eventualmente* le sucedan por partes desiguales. O sea, que el que quiere que le sucedan por partes iguales, quiere siempre mantener la obligación de garantía. Si, por el contrario, quiere que ésta no exista, es que quiere que eventualmente le sucedan por partes desiguales (78).

Si en la disposición testamentaria se llama a sucesión por mitad, por ejemplo, y en la partición se suprime *expresamente* el deber de ga-

(77) Decimos salvo que se dé ese sentido a “haber querido lo contrario”, porque no tiene esta expresión la clara significación que tiene el “que fué otra la voluntad del testador”, cuando se habla de una (otra) voluntad referida a la que aparece de la partición. Para nosotros, como ya hemos dicho antes, “haber querido lo contrario” significa haber querido que *no cese* la obligación de garantía, es decir, que nazca tal obligación.

(78) Pero este querer la sucesión eventual por partes *desiguales* no debe presumirlo el Código, porque 1.º) precisamente lo presumible es lo contrario, y 2.º) cuando no haya que *presumir*, porque conste en la *disposición* el deseo de *desigualdad eventual*, el cumplimiento de esa deseada desigualdad proviene del mandato del testador y no de la presunción legal.