

El principio del «favor partitionis»(*)

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO

En cordial homenaje a Juan Bautista Jordano Barea sucesor como destacado maestro de la escuela civilista sevillana de los profesores Federico de Castro y Bravo y Alfonso de Cossio y Corral.

1. Quien fue muchos años catedrático de filosofía del derecho de la Universidad Hispalense, mi querido, admirado y siempre recordado amigo Francisco Elías de Tejada, en su colaboración a los *Estudios sobre el título preliminar del Código Civil*, publicado por la Academia Matritense del Notariado con motivo de la reforma de dicho título por Ley de 17 de marzo de 1973 (1), colocó como punto de partida su afirmación de que los principios generales «del» derecho son saberes filosóficos. Como aclaración, recordó la distinción formulada por Francesco Orestano (2) entre principios generales «de» derecho —que consisten en la entraña de una institución jurídica determinada— y los principios generales «del» derecho —que competen a los del derecho natural—. En esa distinción filológica de Orestano —comentó Elías de Tejada— (3), «los principios generales del derecho serían de saber filosófico»; y resaltó que, con esa terminología, «Orestano, planteó y resolvió nítidamente la disparidad entre la consideración filosófica y la consideración científica de los principios generales del derecho». Pienso, por mi parte, que tal vez, podríamos

(*) Este texto corresponde a la conferencia desarrollada por el Colegio Notarial de Sevilla, el 9 de febrero de 1990, en el Curso organizado por la Academia Sevillana del Notariado en homenaje al Profesor Juan Bautista Jordano Barea.

(1) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA: *Los principios generales del derecho en el artículo 1 del Código Civil reformado en 1973*, en «El título preliminar del Código Civil», vol. I, Parte general, Madrid, Edersa, 1977, pp. 83 y ss.

(2) FRANCESCO ORESTANO: *Ancora dei principi generali di diritto*, en «Rivista Internazionale di filosofia del diritto», IV (1924), pp. 273 y ss.

(3) ELÍAS DE TEJADA: *loc. cit.* p. 87.

traer aquí también a colación otra contraposición que hace Larenz (4) entre principios *ético-jurídicos* y *principios técnico-jurídicos*.

El tema que hoy aborda no entra en la consideración de los principios generales «del» derecho; y, por ello, no me entretendré en la clasificación que de éstos estableció nuestro tan querido y también añorado maestro Federico de Castro (5), entre principios generales del derecho natural, tradicionales y políticos, que —pienso— podríamos resumir en permanentes e históricos.

Nuestra atención la debemos centrar en el plano, menos elevado, de los principios generales «de» derecho referentes a una institución determinada. Su hallazgo —como dice Larenz (6)— se basa, en general, en una inducción valorativa de una *ratio legis* que puede extraerse de varias normas, pero puede abarcar un ámbito de casos más amplio que el contemplado en dichas normas (7). Mas no se trata de una materia solo científico-jurídica; pues, esos principios deben tener una calificación ética, o, por lo menos, útil aunque no contraria a la ética, según criterios teleológico-objetivos, basados en «ideas jurídicas materiales» según expresión también de Larenz (8). Su elaboración, que tiene mucho de hallazgo, puede ser fruto de una metodología científica expositiva y explicativa, teórica, pero ha sido generalmente el resultado de una metodología científico-práctica operativa, aunque se haya efectuado sin soslayar los principios ético-jurídicos —aportados por el derecho natural o la filosofía del derecho— que, consciente o intuitivamente, han sido tenidos en consideración con función valorativa.

2. Creo que lo expuesto facilita el criterio para centrar teleológicamente el principio del *favor partitionis*, que hallamos ubicado en el derecho de sucesiones y, más concretamente, en la institución de la partición hereditaria.

Sabido es que todo derecho sucesorio con raíz en el derecho romano tiene por principio fundamental, el que formula: «*Dicat testator et erit lex voluntas eius*»; o sea «la voluntad del testador es ley de la sucesión» (9); y que del mismo se han derivado, como corola-

(4) KARL LARENZ: *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.ª ed. definitiva, II, V, 4, cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, p. 418.

(5) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España, Parte general*, I, parte III, cap. IV, IV; cfr. 3.ª ed. Madrid, IEP, 1955, p. 465; o la reproducción de la 2.ª ed., prologada por Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1984, p. 421.

(6) LARENZ, *loc. cit.* p. 377.

(7) *Ibid.*, p. 381.

(8) *Ibid.*, VI, 3, p. 463.

(9) Cfr. lo que resumé en *Panorama del derecho de sucesiones*, I, Madrid, Civitas, 1982, núms. 24 y ss., pp. 61 y ss.; y en *El derecho de sucesiones en el Código Civil*, II, en *Estudios de derecho sucesorio*, II, 2.ª ed., Madrid, Montecorvo, 1989, pp. 526 y ss.

rios, los principios, del *favor testamenti*, primero, y, después, el del *favor voluntas testantis* (10).

Por el contrario, no ha derivado de ahí el principio del *favor partitionis*.

Este, conocido también por principio de *conservación* de las particiones, tiene un fundamento práctico. Antes de darle esos nombres concretos, así lo había advertido, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de julio de 1904, al basar teleológicamente la conservación de la partición, aunque fuera a costa de indemnizar los perjuicios producidos, «con el objeto y fin práctico» de mantenerla siempre y cuando haya posibilidad de reparar tales perjuicios, sin necesidad de efectuar una nueva partición. Cualificándolo de principio general, consideró que en él «se fundan especialmente las disposiciones legales contenidas en los arts. 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080 del referido Cuerpo legal» (el Código Civil).

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1943 explicó que el fin práctico, por el cual se erige este principio, es: «el designio de evitar en lo posible las perturbaciones que una nueva partición ocasionaría a los herederos y a terceros que con ellos hubieran contratado de buena fe».

El bautismo jurisprudencial con el nombre de principio de conservación, ha sido más tardío; se produjo en sentencia de 25 de febrero de 1969. Después, la sentencia de 31 de mayo de 1980 lo denominaría «básico postulado del *favor partitionis* o *principio de conservación de la partición*».

En sentencia de 17 de enero de 1985, el Tribunal Supremo ha entroncado este principio de derecho particional de conservación de las particiones con otro más amplio, al exponer «que el legislador, por razones de economía y seguridad jurídicas, vela por el mantenimiento en lo posible de aquellos actos jurídicos que comportan una atribución de derechos que no es aconsejable sustraer del tráfico jurídico, manteniéndolos en un estado de incertidumbre que va en detrimento del interés común, preceptos que no hacen sino seguir el principio informador del art. 1.294». Esta referencia es eco de la efectuada por García Goyena (11) al glosar el artículo 926, Proy. 1.851, antecedente del 1.077 del Código Civil.

Sin embargo, la relación que hace esa sentencia entre el principio de conservación y el de la seguridad en el tráfico jurídico no es totalmente explicativa de aquél, ni convincente; pues, sólo en parte y únicamente en algunos casos la aplicación de aquél favorece directamen-

(10) Cfr. *Panorama del derecho de sucesiones*, I, 31, pp. 73 y ss.

(11) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, Madrid, Impr. Sdad. Tipográfica-Editorial, 1852, pp. 278 in fine y s.

te a terceros (12). Básicamente su protección se centra en los mismos coherederos, y sólo mediatamente redundará en beneficio del tráfico jurídico en cuanto elimina estados de incertidumbre.

Por otra parte, el *favor partitionis* en el supuesto de la norma del artículo 1.077, III, también enlaza con el principio: «*Utilis per inutilem non viciatur*» (13), —como García Goyena (14) glosó, al comentar su antecedente en el Proyecto de 1.851, artículo 927: «Lo justo y lo útil no se vicia ni rescinde por lo inútil e injusto; y la partición fue justa respecto de los que no percibieron en ella más de lo justo».

El fundamento teleológico nuclear del *favor partitionis*, según dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1955, está «seguramente inspirado en razones de economía y sosiego familiar», orientándose, según precisan: la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1980, en que «conviene consultar a la estabilidad» y «evitar nuevos dispendios y dilaciones», y la de 15 de junio de 1982, «para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias o inconvenientes que acarrearía la nueva partición». Ambas razones, asimismo, las aduce la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1985.

3. Lo expuesto nos pone en contacto con la realidad suficientemente para ahondar en la formación de aquellos principios referentes

(12) Este es el supuesto del artículo 1.295, II, del Código Civil: «*Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe*», MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, vol. VII, artículos 1.074 a 1.078; cfr. 6.ª ed., Madrid, 1943, pp. 766 y ss. —que formó parte de la comisión redactora del Código civil— puso en relación el inciso transcrito del artículo 1.295 con el 1.078, que no permite ejercitar la acción rescisoria por lesión al heredero «*que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieran sido adjudicados*»; y entendió que «al art. 1.295 sustituye en materia de particiones de herencia el art. 1.078, como dictado especialmente para las mismas, y, por consiguiente, conforme a este artículo, que es el aplicable al caso, han de resolverse las cuestiones antes indicadas [las en él referidas]. Podrá invocarse la doctrina del 1.295 sólo en cuanto no se oponga a lo que ordena el 1.078». Y aclara, «el art. 1.078 se separa del 1.295, al no expresar nada respecto a los demás coherederos, que pueden también haber enajenado, o gravado, o perdido los bienes que se le adjudicaron», supuesto en el cual no se aplica aquél —como dice el mismo Manresa— en cuanto puede impugnarse la partición, pero sí en el sentido «de respetarse los derechos de terceros adquirentes». Pero en el artículo 1.078 no actúa el principio del *favor partitionis*, sino más bien el de los actos propios e incluso el de buena fe, pues mal puede reclamar la rescisión de una partición quien ha enajenado en base a ella y que, por ello, no podrá restituir *in natura* —conforme el art. 1.295, II— a la masa común lo por él mismo enajenado.

(13) ULPIANO: Dig. 45, 1, 1, 5.

(14) GARCÍA GOYENA: *op. y vol cits.*, p. 270.

a una determinada rama del derecho o a una institución concreta.

Como ha explicado Larenz (15), esos principios:

a) No son propiamente reglas, ni siquiera concebidas de forma muy general, sino «ideas jurídicas generales», o «pautas directivas de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar soluciones jurídicas»; pero que requieren una «concretización» que puede producirse en diversos grados; y, en general, actúan como si fueran hilos conductores en la especificación de supuestos de hecho concretos y para la determinación de sus consecuencias.

b) En caso alguno cabe aplicar esos principios, ni los subprincipios de ellos derivados, con método deductivo de dirección única. Requieren un movimiento doble; pues «el principio se aclara con sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con el principio».

c) Ese esclarecimiento recíproco se integra en la «estructura hermenéutica del *proceso de comprender* en sentido estricto», que requiere, «en primer lugar, la existencia de un orden jerárquico interno»; y, en segundo término, precisa «la armonía no totalmente “programada” de diferentes principios de igual rango en los diferentes grados de concretización»; principios que, «en parte, se complementan y, en algunos sectores parciales, se restringen recíprocamente, no estando siempre determinado hasta el final el límite a partir del cual un principio cede el primer lugar a otro».

El hallazgo de esos principios también requiere esa «doble dirección», indicada por Larenz.

Por una parte, se necesita mirar hacia los principios ético-jurídicos superiores —como ocurre en nuestro caso con el general de la buena fe. Asimismo hacia el principio básico de derecho sucesorio, «la voluntad del testador es ley de la sucesión en cuanto no se oponga a normas imperativas, a la moral o las buenas costumbres», y el participativo de la debida proporcionalidad de las adjudicaciones a las cuotas hereditarias.

Por otro lado, cada principio ha de conjugarse con los que lo complementan. Así, hemos visto, en nuestro caso, la religación de *favor partitionis* con el principio de la *seguridad jurídica*, y con el prescriptivo de que *lo válido no debe viciarse por lo inválido* —en el ámbito del bien común— *ni lo justo por lo injusto*, así como debe restringirse recíprocamente con los que se le contraponen. En ese segundo aspecto ha de verse, en cada caso, cómo el principio de conservación de las particiones juega en relación a los *principios* de la *primacía de la voluntad del testador*, de la *intangibilidad de las legítimas*, de la *proporcionalidad de las adjudicaciones a las cuotas heredi-*

(15) LARENZ: *op. y loc. cit.*, pp. 465 y ss.; cfr. en síntesis en mi *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, cap. XV, A, 4, 1, pp. 376 y s.

tarias, de la *posible igualdad cualitativa entre lotes* y de la *invalidación de lo defectuoso o viciado*.

4. Este principio de la conservación de las particiones o del *favor partitionis* no es inmanente a los artículos del Código Civil ni a la jurisprudencia. Estos no lo han creado, sino hallado. La misma citada sentencia de 2 de julio de 1904, señalo que en él «se fundan especialmente las disposiciones contenidas en los arts. 1.073, 1.074, 1.075, 1.079 y 1.080» del Código Civil. Y, no a la inversa. Lo que sucede es que inducimos de ellos su existencia. Ocorre como con el humo que no es la causa del fuego; pero, situados a cierta distancia de aquél, por el humo se sabe que hay fuego y dónde está el fuego. La raíz de ese principio se halla en la misma pauta de la justicia general, es decir, en el principio del *bien común*, que como corolarios tiene los del *interés familiar*, de la *estabilidad de la propiedad* y de la *seguridad jurídica* que, a su vez, requieren, en cuanto sea posible, la *conservación de las particiones*. De ahí que se precise su «concretización», no sólo en cada supuesto general, sino en cada caso concreto en que se plantea una cuestión de invalidación o de conservación de particiones para apreciar si es posible, en él, que de otro modo sea reparado el daño.

Por ello, no se trata de una labor filosófico-jurídica —que ha de ser previa y, después objeto de confrontación—, ni tampoco científica-expositiva y explicativa —que deberá realizarse *a posteriori*—; sino práctica. No de razón teórica, sino de razón operativa.

La «concretización» se realiza caso por caso; y, además, se va realizando por grados. Cada artículo del Código fundado en el *favor partitionis* constituye ya una «concretización» para su supuesto de hecho, es decir, el de su hecho-tipo, y cada sentencia que lo ha aplicado la realiza para el hecho del caso considerado.

Por lo tanto, para avanzar en nuestro estudio debemos analizar las «concretizaciones», que para el «hecho-tipo» se efectúan en cada artículo del Código Civil que lo recoge; y además, las realizadas para el «hecho del caso» en cada sentencia por la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo; después, hemos de ordenar y sistematizar el resultado de dicho análisis a fin de facilitar otras futuras «concretizaciones».

5. El análisis de la aplicación del principio de conservación de las particiones, o del *favor partitionis*, en derecho común español requiere, en primer lugar, un repaso de los artículos del Código Civil que se hallan orientados por él y, después, de las sentencias del Tribunal Supremo que han interpretado estos supuestos o que han hecho otras aplicaciones concretas del principio.

Su ordenación sistemática exige que se sitúen esas aplicaciones debidamente calificadas con relación a los supuestos jurídicos en los cuales, como mitigación de sus consecuencias, actúe este principio para evitar que deba procederse a otra partición nueva, a la que habría lugar de no tenerlo consideración.

Hemos visto que la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1904 señaló que los artículos 1.073, 1.074, 1.075, 1.077, 1.079 y 1.080 estaban orientados por ese principio. A éstos deben adicionarse los 1.056 y 1.069, no mencionados en ella, pero señalados en la de 8 de marzo de 1945. Además, la Sala primera del Tribunal Supremo ha utilizado este principio en la interpretación de otros artículos, como los 813, 815 y 816 (SS. 31 mayo 1980 y 15 junio 1982), 1.300 y 1.303, aplicados a la partición (SSTS 9 marzo 1951, 25 febrero 1966, 26 noviembre 1974, entre otras) y en un supuesto de nulidad del título en virtud del cual se realizó la partición (S. 25 septiembre 1965).

Por mi parte, también lo creo aplicable a la interpretación del artículo 1.081 en relación con los 1.079 y 1.080 del Código Civil.

Esta perspectiva pienso que nos permite ordenar los supuestos enunciados, atendiendo a la causa de impugnabilidad que resulta atenuada o soslayada por la aplicación de este principio y con arreglo al siguiente plan, trazado atendiendo a si su incidencia recae en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Infracción de normas legales imperativas o prohibitivas de derecho sucesorio.
- b) Invalidez del título sucesorio en el que se basó la partición.
- c) Error padecido en la partición.
- d) Rescisión de la partición efectuada por el testador.
- e) Rescisión de la efectuada por los herederos o por comisario, y de la arbitral o la judicial.
- f) Omisión de bienes o valores en la partición.
- g) Preterición en la partición de algún heredero.
- h) Partición entre los herederos reales en la que, además, hubiera intervenido quien, no siéndolo, se creyó que lo era.

Este esquema, que puede servirnos para ordenar sistemáticamente las posibles «concretizaciones» del *favor partitionis* en el derecho encuadrado en el Código Civil y doctrina legal del mismo jurisprudencialmente formulada, y para profundizar en su intelección.

6 a) *El principio del «favor partitionis» en particiones efectuadas con infracción de normas imperativas o prohibitivas de derecho sucesorio.*

En los supuestos de que la partición incida en violación de una ley o que ésta la contradiga, o que le falten algunos requisitos exigidos por ella —tal como en términos generales ha dicho el maestro Federico de Castro (16) al explicar el originario art. 4 del Código Civil (correspondiente al actual 6, 3 y salvando las modificaciones introducidas en éste)—, no siempre se produce una total ineficacia

(16) FEDERICO DE CASTRO: *op. y vol. cit.*, parte V, cap. I, V, 2, 3.º, a; ed. IEP, 1955, p. 599, y ed. Civitas, 1984, p. 537.

del acto infractor. Así resulta, expresa o tácitamente, de la propia norma imperativa o prohibitiva, cuando ésta no pretende su ineficacia misma, sino la consecución de un resultado lateral o si le señala otro tipo de sanción. Y —añade Castro Bravo— que «el derecho moderno en los negocios jurídicos acude sólo en último extremo a la declaración de nulidad (*favor negotii*) y los salva de ella —según los casos— mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión». En materia sucesoria el *favor voluntas testantis* actúa aún más acusadamente que el *favor megotii*, y otro tanto podemos decir del *favor partitionis*.

En esa línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1980 y 15 de junio de 1982 han entendido que no produce la nulidad de la partición la infracción por el comisario de los artículos 813, 815, 816 y 1.056, 1.

7 b) *Invalidez del título sucesorio en que se basó la partición*. La partición de una herencia cabe que se efectúe tomando por base sea un testamento que resulte revocado por otro posterior, o no conocido al partir, o bien una declaración de herederos abintestato que resulte invalidada por aparecer después un testamento no conocido al substanciarla, o bien que un testamento sea invalidado, en todo o en parte, por preterición intencional, o no intencional pero no total, o de ascendientes o del cónyuge viudo, o bien, que lo sea en parte, por desheredación injusta.

En estos casos no hay duda de que, si la pluralidad de herederos, surge del título que sustituya al invalidado, en el cual aparecía un heredero único, será preciso efectuar una partición basada en el nuevo título. Así ocurrió en el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1950, en el cual no se había practicado realmente partición alguna; pues en el testamento —invalidado por preterición de la hija natural demandante— sólo había sido instituida la hija legítima del testador.

También queda fuera de duda que es nula toda partición basada en un título invalidado, cuando sean completamente distintos quienes en virtud del título válido resulten herederos. Esto sucedió en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1950, en el cual había sido preterido un hijo natural e instituidos unos entenados —nacidos de un anterior matrimonio de la finada esposa del testador—; y, además, la partición impugnada comprendió conjuntamente los bienes de la herencia de ésta —madre de los entenados, de quien los instituidos eran únicos herederos— y los de su padrastro, de quien —al haberse invalidado la institución— su hijo natural resultó único y universal heredero *ab intestato contra tabulas*.

Pero es posible que, en virtud del nuevo título sucesorio, no varíen los herederos; y sí tan sólo sus cuotas, o bien que únicamente desaparezca alguno de los partícipes o que exista algún heredero más que no se tuvo en cuenta en la partición. De estos dos últimos casos

deberemos ocuparnos de los supuestos de aplicación del *favor partitionis* en las hipótesis de los artículos 1.080 y 1.081, en relación con el 1.079 del Código Civil. El primer caso —de variación sólo de las cuotas pero no las personas interesadas— puede ofrecer, en concreto, perspectivas muy diferentes; pero la pauta resultará, en general, del carácter sustancial o meramente cuantitativo de las diferencias que medien entre la partición practicada y la que proceda, según el título conforme el cual hayan de distribuirse los bienes.

Partiendo de este criterio, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1965 aplicó el *favor partitionis*, considerando que «en la hipótesis de autos, si la declaración de herederos, con el carácter absoluto, al ser desconocida o silenciada la existencia del testamento, no estaba incluida en ninguno de los casos prevenidos en el art. 912 del Código Civil y, por contraria a la ley, era forzoso declarar su nulidad absoluta, ésta no podía alcanzar a la escritura de partición ni a los contratos posteriores, celebrados entre los presuntos herederos, pues como bien razona el Tribunal sentenciador, no ofrece duda alguna de que todos aquéllos, conjuntamente, pudiesen realizar, con plena validez y eficacia, actos de disposición, sobre bienes particulares de la herencia; sin duda por eso la única nulidad que impone la ley al tratar de la rescisión de la partición, es la de aquella «hecho con uno, a quien se creyó heredero sin serlo» (art. 1.073)»; y que «en el caso de autos pudo ser impugnada la partición hecha, como incurso en defecto capaz de producir su anulabilidad y previa demostración de algún vicio del consentimiento de los que se expresan en el artículo 1.265 del Código Civil, y, al no haberlo hecho así, sin duda por haber transcurrido, con exceso, el plazo de duración que a la acción asigna el artículo 1.301 del mismo Código, no cabe postular con éxito la nulidad absoluta, por faltas o presupuestos que no suponen la inexistencia ni la ilicitud del acto en cuestión». En el siguiente considerando —el 3.º—, a la alegación de haberse aplicado indebidamente los artículos 392 y siguientes del Código Civil, le opone que «los miembros integrantes de la comunidad hereditaria no sufrieron mutación a la vista de la aparición del testamento ológrafo, inadvertido al tiempo de efectuarse la partición».

8 c) *Supuestos de error en la partición*. Ante todo, es de notar que, en las particiones, tienen un tratamiento aparte aunque se deban a error, los supuestos previstos en los artículos 1.079, 1.080 y 1.081 del Código Civil, así como los de saneamiento por evicción (artículos 1.069, 1.070 y 1.071) o si resultan fallidos créditos adjudicados como cobrables o se perciben otros asignados como incobrables (art. 1.072). En los demás supuestos, evidentemente, debe distinguirse según el error sea o no sustancial, y en ese segundo caso puede actuar el *favor partitionis*, consistente aquí en tener «un criterio restrictivo» si cabe subsanar de otro modo el perjuicio económico producido. Así lo expresó la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1951

al declarar que «no todo error vicia de nulidad al consentimiento, sino sólo, según dispone el art. 1.266 del Código Civil, el que recaea sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieren dado motivo a celebrarlo, y, aparte de que el error afirmado pudo evitarse con uso de una regular diligencia y *ser reparado mediante el ejercicio de acciones no productoras de efectos tan graves como los que se derivan de la nulidad, de las particiones y en contemplación a las cuales preside, en cuanto a la misma, en la constante jurisprudencia de esta Sala, un criterio restrictivo* (subrayo este inciso para destacar su referencia al *favor partitionis*), tal error de hecho, referido a un perjuicio económico subsanable del modo que previenen los arts. 1.069, 1.071 y 1.072 del Código Civil, no afecta a la naturaleza o causa del contrato de particiones, ni esencialmente a su objeto, que es el de dividir la universalidad de bienes y derechos de una sucesión, por lo que, al calificarlo la sala sentenciadora de instancia de sustancial, hizo aplicación indebida de los arts. 1.265 y 1.266 del mencionado Código».

9 d) *Rescisión de la partición hecha por el testador*. Es dudoso que puede hablarse de *favor partitionis* en ese supuesto, ya que se basa en la limitación de las causas de impugnación de la partición hecha por el testador, que expresa el artículo 1.075 del Código Civil siguiendo la pauta del derecho romano imperial —recogida en el *Codex* 3, 36, 10, en la Novela 48, pr., y en la Partida 6, 1, 7. Creo que ahí, más bien, se trata de una aplicación del *favor voluntas testantis* interpretado atribuyendo valor prevalente a la *asignatio* concreta efectuada con respecto a la *quota hereditatis* de la institución (17).

e) *Rescisión de la partición no efectuada por el testador*. En la rescisión de las particiones el *favor partitionis* actúa de diversos modos que resultan de los artículos 1.074 y 1.077, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los ha interpretado.

Para introducirnos en su examen, nada parece mejor que comenzar por un cotejo entre las consecuencias de la lesión en los contratos y la lesión en la partición.

e a) La lesión en las particiones sólo es posible cuando la producida a quien la reclama sea «*en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueren adjudicadas*» (art. 1.074 del Código Civil). En cambio, ni por ese límite cabe la rescisión por lesión en los contratos, salvo en los celebrados válidamente por los tutores pero sin autorización de consejo de familia (art. 1.291, 1.º), o por los representantes de los ausentes. Únicos supuestos contractuales en los que, en caso de exceder la lesión de la cuarta parte, cabe ejercitar

(17) Cfr. lo que expongo en *Panorama del derecho de sucesiones*, II, 404 y 405, Madrid, 1984, pp. 88 y ss.; y *Comentario al artículo 1.075 del Código Civil*, III, en «Comentarios al Código Civil y Legislaciones forales», dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. XIV-2.º; Madrid, Edersa, 1989, pp. 524 y ss.

la acción de rescisión, como corrobora el artículo 1.293: «Ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291».

e b) El *favor partitionis* también se diferencia del *favor negotii* por el diferente modo en que la subsidiariedad actúa en la rescisión de las particiones y en la de los contratos.

En éstos el carácter subsidiario de la acción rescisoria —como ha explicado muy claramente Bonet Ramón (18) —«tiene un triple alcance»: 1.º «En cuanto al concepto» es subsidiaria con relación a la de nulidad, ya que para que prospere la rescisión es preciso que el contrato sea válido. 2.º «En cuanto a la base económica que le sirve de fundamento», ya que, según el núm. 3 del art. 1.291, para que los acreedores se sirvan de ella, es indispensable que no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe. 3.º En cuanto «a los medios procesales», el acreedor debe utilizar, por ejemplo, el recurso de apelación, el de casación o el de nulidad de procedimiento antes de acudir a la demanda de rescisión, «aunque esto no quiera decir que sea preciso intentar necesariamente con carácter previo todas las acciones que el acreedor pudiera dirigir contra el deudor, con posibilidad de algún resultado satisfactorio».

e b a) Pues bien, el *favor partitionis*, precisamente, da lugar a que la acción de rescisión de la partición no sea subsidiaria en cuanto al concepto ni en cuanto a los medios procesales, e, incluso, a veces la hace prioritaria respecto de ciertas acciones de nulidad y de las de anulabilidad dimanantes de error que no radique en la sustancia, si la lesión resulta reparable con una rectificación o compensación. Así lo declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1958, al decir que, «como repetidamente tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala —SS. entre otras de 5 de mayo 1933 y 16 (es 17) abril 1943— se ha de procurar evitar la nulidad de las particiones practicadas»..., «lo que no es obstáculo para enmendar los defectos que se observen y rectificar, lo que debe de hacerse en ese caso, las partidas que no tienen asiento firme y consistente». Y lo reiteró la de 31 de mayo de 1980, recordando «aquella línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación (S. 30 abril 1958) o procediendo a la indemnización del perjuicio».

e b b) En cuanto a la base económica que sirve de justificación a la rescisión, la exigencia del artículo 1.291, 3.º —sólo «cuando éstos (los acreedores) no puedan de otro modo cobrar lo que se les debía»— es clarificada y, en cierto modo aún más restringida, en los artículos 1.077, 1.079 y 1.080 del Código Civil.

(18) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Código Civil comentado*, artículo 1.294; Madrid, Aguilar, s.f. pp. 1017 y s.

Como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1959 «los preceptos de nuestro Ordenamiento que, en cuanto a la rescisión, deben ser interpretados restrictivamente»; y, por ello, «no puede producirse ni la rescisión pedida, ni darse la infracción que se denuncia, de los arts. 815, 1.074 y 1.075, ya que la omisión de bienes o valores, art. 1.079, ni la preterición de herederos, 1.080, ni el que las cosas estén en poder de terceros, 1.298, pueden originarlas».

El gozne o el punto del equilibrio entre la aplicación del artículo 1.074 y el *favor partitionis* se halla en la posibilidad o no de reparar el daño sin realizar nueva partición, como confirmará el examen de los artículos 1.079 y 1.080.

10. e c) Los dos primeros párrafos del artículo 1.077 determinan: «*El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio*».

e c a) Ahora bien, el ejercicio de esas opciones requiere, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el daño pueda ser reparado sin acudir a una nueva partición.

Si bien las sentencias de 25 de octubre de 1911, 10 de enero de 1934, 9 de marzo de 1951, 8 de mayo de 1963, 31 de mayo de 1967, 25 de febrero de 1980 y 25 de marzo de 1985, reiteraron que el ejercicio de la opción por indemnizar excluye que deba realizarse una nueva partición, sin embargo, para que así ocurra es preciso que se haya fijado la cuantía de la lesión o que sea posible cuantificarla por una nueva valoración sin necesidad de repetir la partición. Esta es precisa en caso contrario (SSTS 19 mayo 1945 y 25 enero 1971), y también si el resultado de la primera fuera contraria a la voluntad de los testadores (S. 5 noviembre 1955).

e c b) Sin embargo, la necesidad de esa nueva partición no empece que, después de efectuada ésta, quepa ejercitar la referida opción, como han decidido las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1911 y 17 de enero de 1985, en cuyo supuesto, determinado el montante de la lesión, ésta podrá repararse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 1.077, II, sin que, por lo tanto, la nueva partición se haga efectiva, ni se consume de hecho.

11. f) *Omisión de bienes en la partición*. El artículo 1.079 señala que «*La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos*». La referida sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1985, afirmó que esta norma «se inspira en el principio de conservación o *favor partitionis*».

Pero, pienso que existe otro fundamento de esta norma, que es objetivo —en cuanto radica en la misma naturaleza de la cosa— y del cual el *favor partitionis* actúa a mayor abundamiento confirmato-

ria y extensivamente para mantener las particiones realizadas en el mayor número posible de casos. Debemos, por lo tanto distinguir:

f a) El fundamento primario radica en que, si se ha efectuado una partición de herencia con omisión de bienes, la división de éstos no es ya una división hereditaria, sino de bienes. Por ello, en derecho romano no procedía la *actio familiae erciscundae*, sino la *communi dividundo* (Ulpiano, Dig., 10, 2, 20, 4). Así sucede en el supuesto más simple de aplicación del artículo 1.079, es decir, el de omisión de algún bien que deba distribuirse entre todos los herederos, fue contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1907.

f b) Pero en otros casos, el Tribunal Supremo ha ido algo más allá de la simple adición de una cosa para dividirla entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias, o bien conforme resultare de otras disposiciones testamentarias, sino que he aplicado la norma aunque, además de la adición, se requieran reajustes adicionales de la partición con tal de evitar la rescisión prevista en el artículo 1.077. En ellos, el fundamento del artículo 1.079 se halla, tanto más, en el *favor partitionis*.

También se ha pretendido deducir de la norma del artículo 1.061 un principio de igualdad *in natura* al cual se contrapondría el *favor partitionis*. Pero esa norma del 1.061 es sólo indicativa —«en cuanto sea posible», dice— para los jueces y tribunales —a quienes realmente se dirige a tenor de los antecedentes de derecho castellano traídos en las Partidas— y para los contadores partidores, en tanto esa norma no resulte excluida por la voluntad del testador (19). Y no olvidemos que tal pretendido principio de igualdad cualitativa, de existir, se esfuma siempre en los supuestos de rescisión de las particiones en virtud de la opción de compensar en dinero concedido, en el artículo 1.077, el heredero demandado (20); y, hoy, quedarían eclipsados en la nueva redacción dada en la reforma de 1981, los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Por ello, no parece que en este ámbito haya lugar al *favor partitionis*, por resultar innecesario.

f b a) La jurisprudencia ha interpretado las cuestiones suscitadas en la práctica por el texto de este artículo 1.079 a la luz del *favor partitionis*. En efecto:

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1908 señaló su aplicación «sin distinción de causa» de la omisión, y las de 16 de junio de 1915, 10 de octubre de 1958, 13 de octubre de 1960,

(19) Cfr. mi comentario a este artículo 1.061, III, en «Comentarios al Código Civil...», vol. cit., pp. 395 y ss.

(20) Ya lo había observado SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado extensamente*, vol. XVIII, Madrid, 1901, p. 463, y sus razones fueron repetidas casi literalmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1943.

19 de junio de 1978, han considerado indiferente que la omisión de bienes o valores haya sido voluntaria o intencional.

f b b) La palabra «objetos» ha sido entendida, por las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1960 y 15 de febrero de 1988, como equivalente a «cosas» —conforme la acepción cuarta del *Diccionario* de la Real Academia Española—, incluyendo en ella los bienes inmuebles.

f b c) El sustantivo «valores» ha sido entendido —como dice la STS 26 febrero 1979— en el sentido de que «no sólo procede la partición adicional o complementaria cuando no se han incluido en la primeramente practicada determinados bienes de la herencia, sino también cuando la omisión alcance a valoraciones, o cuando las efectuadas en el cuaderno particional redunden en perjuicio del principio de igualdad que debe presidir la formación de los lotes, pues es lógico que toda valoración mal realizada, y que por ello ocasione ese perjuicio, supone en sí una falta u omisión de un valor, aunque lo sea parcialmente, y que necesita ser corregida o rectificada, y esta necesidad de corregir la valoración malhecha la reconoce la doctrina jurisprudencial al interpretar el mencionado artículo 1.079, proclamando, como expresamente declara la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1955, la necesidad o conveniencia de mantener las operaciones divisorias en cuando sea posible, sin perjuicio de llevar a ellas las adiciones o rectificaciones que sean procedentes». Asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1978 consideró aplicable la norma del 1.079 en un supuesto en el cual se habían colacionado unas acciones vendidas por el causante a uno de los coherederos por un precio inferior al valor real; por lo cual, estimó que la diferencia debía adicionarse a la partición.

12. f b d) La cuestión de si tiene un límite cuantitativo la posibilidad de aplicación del remedio del artículo 1.079, concretamente si cabe en caso de que la omisión de bienes o valores haya producido lesión a algún heredero, en más una cuarta parte, la examiné al comentar este artículo (21), recorriendo las sentencias en las cuales la Sala Primera del Tribunal Supremo ha resuelto acerca de los límites entre las normas de los artículos 1.074 y 1.079. Después de examinarla llegué a la conclusión de que ninguna sentencia ha señalado tope cuantitativo alguno limitativo del remedio del artículo 1.079. Ni siquiera la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1904, pues sólo aludió al mismo en *obiter dictum*; pues rechazó el recurso de casación, que en su supuesto aducía aplicación indebida del artículo 1.079 considerándolo bien aplicado por la sentencia recurrida que confirmó.

(21) Cfr. en el cit. vol. XIV-2.º de los «Comentarios al Código Civil», artículo 1.071, II, e, pp. 576 y ss.

Cuando la aplicación del artículo 1.079 ha sido excluida se ha debido a alguna de las siguientes razones:

1.º Haberse efectuado la partición en juicio de testamentaria con olvido de las formalidades esenciales del mismo (S. 17 de mayo 1955).

2.º Cometerse errores que alteraban derechos derivados del testamento (S. 25 octubre 1911), o por no haber contrastado debidamente éstos con las normas legales limitativas (SS. 2 diciembre 1930, 7 enero 1975, 17 enero 1985) o, en general, por tratarse de «supuestos más amplios o distintos de aquellos a que dicho precepto hace referencia» (S. 6 abril 1961) o haberse efectuado las operaciones «con olvido de las disposiciones legales». Es decir, la declaración de su inaplicabilidad no se ha basado en haberse causado desigualdad sustancial en la cualidad de los bienes adjudicados ni omisión de parte sustancial de su valor, sino por errores o infracciones de derecho que vicien la partición o produzcan en ella lesión no estimada reparable con una simple adición o complemento de la misma.

3.º En los supuestos de las sentencias de 25 de octubre de 1911, 2 de diciembre de 1930, 7 de enero de 1975 y 17 de enero de 1985 —que declararon nula o rescindible la partición— se daba la circunstancia, coincidente en todas, de ser precisa una nueva partición; pues, para corregir los defectos y efectuar el preceptivo cómputo de las legítimas, no bastaba adicionar bienes o valores, ni siquiera el montante que correspondía a cada interesado podía precisarse si no se rehacían las operaciones desde el principio.

Por otra parte, es de subrayar que en ninguna de esas sentencias se trató de corregir desigualdades cualitativas. Tanto es así que las de 25 de octubre de 1911 y 17 de enero de 1985 incluso admitieron que, después de rehechas las operaciones particionales, pudiera el demandado o demandados ejercitar la opción prevista en el artículo 1.077 en virtud de la cual puede compensarse en numerario al perjudicado o perjudicados en la partición rescindida. Opción que, al parecer, no cabía en los supuestos de las sentencias de 2 de diciembre de 1930 —puesto que se impugnaba un cuaderno sin aprobar— y 7 de enero de 1975 —que declaró nula la partición por error sustancial, en los cuales, por lo demás, no se había dividido sino una parte insignificante de los bienes. En cambio son reiteradísimas las sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto sus respectivos recursos de casación declarando aplicable el artículo 1.079, como las de 3 de abril de 1904, 27 de junio de 1907, 17 de abril de 1943, 10 de octubre de 1958, 13 de octubre de 1960, 13 de mayo de 1974 y 5 de febrero de 1979.

13. g) *Preterición de algún coheredero en la partición.* Según el artículo 1.080: «La partición hecha con preterición de algún heredero no se rescindirá a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corres-

ponda». Ya Manresa (22) advirtió que este artículo, «como los anteriores, trata de evitar la perturbación ocasionada por la rescisión o nulidad de la partición, y, atendiendo a la buena fe de los herederos, permite la subsistencia de lo hecho siempre que al preterido se le pague proporcionalmente por los demás cuanto le corresponda». Es decir, responde al principio de la conservación de la partición, o *favor partitionis*.

El Tribunal Supremo, desde la sentencia de 2 de julio de 1904, ha situado esta norma entre las que se fundan en el «principio general», que sigue el Código Civil «con objeto y fin práctico de que a dichos interesados (los omitidos en la partición) se les indemnicen los perjuicios que puedan haberseles irrogado, sin que sea por lo tanto procedente pretender la nulidad de determinados actos cuando en sí no encierren ni contengan vicio de nulidad». La de 8 de marzo de 1945 citó, con el 1.079, este artículo 1.080, como demostrativos del criterio que «preside la ordenación de esa materia (particional) 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»; y las de 13 de octubre de 1960 y 25 de febrero de 1969, emplearon la denominación de *principio de conservación* invocando el artículo 1.080 como una de sus expresiones.

La sentencia de 5 de diciembre de 1957 lo situó como *excepción* a la aplicación del *principio de la unanimidad en la partición*; explicando que, «aun cuando el artículo 1.059 haya venido a sancionar el principio de la unanimidad en su otorgamiento», «este principio admite la excepción del art. 1.080». Notemos que, en el supuesto de hecho de esta sentencia se había producido en la partición preterición formal de dos hijos del causante que no comparecieron ni estuvieron representados en ella; pero no hubo preterición material puesto que se les asignó una hijuela y se les adjudicaron los bienes incluidos en ella; por lo cual su supuesto no se hallaba incluido en el texto del artículo 1.080. La sentencia de casación consideró válida la partición para los coherederos que la otorgaron en tanto los preteridos no la impugnan, admitiendo la posibilidad de que la ratificaran y aceptasen sus adjudicaciones en caso de estimarlo, éstos, más ventajoso que impugnarla.

14. h) *Partición practicada por los coherederos reales conjuntamente con quien se creyó que lo era, sin serlo*. Digamos, ante todo que la aplicación del principio que examinamos se halla fuera del texto del artículo 1.081: «*La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula*».

(22) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, vol. VII, 6.ª ed. Madrid, Inst. Ed. Reus, 1943, p. 774.

Por ello, para centrar la cuestión que planteamos, debemos de reparar en que el precedente legislativo inmediato de este artículo —inspirado en un texto de *Paulo (Digesto, 10, 2, 35, 36)* y en la remisión al mismo, de la glosa de Gregorio López a las palabras «*grand pro*» de la *Partida*, 6, 15, 1— decía algo más, que el artículo 1.098 del Anteproyecto de 1882-88 concretaría así: «será nula en cuanto tenga relación con él, y en cuanto su personalidad perjudique a los otros interesados».

Esta salvedad no fue recogida en el artículo 1.081 del Código Civil, no obstante lo cual Manresa (23) —que fue ponente en la redacción de la Comisión codificadora de todas las secciones referentes a la partición de herencia— para explicarlo distinguió estos tres supuestos de partición:

1.º Heredero único con otro no heredero, creyendo que lo era: «la partición —dijo— es radicalmente nula».

2.º De varios herederos reales con uno aparente, supuesto en el cual estimó nulo lo dividido con ese falso heredero, pero no lo partido entre los demás. Cuando aquél —expone— restituya los bienes que le fueron adjudicados «quedará desecho el agravio —completando o adicionando con ellos la partición ya realizada», como ordena el artículo 1.079, «sin necesidad de rescindirla ni anularla, sino en cuanto afecta al que se creyó heredero sin serlo, y quedando subsistente respecto a los demás». Pero —añade— si alguno de los coherederos reales «pide que se anule la partición, el juez apreciará los hechos y razones en que se funde, y resolverá lo que estime procedente conforme las disposiciones antes citadas» (arts. 1.079 y 1.081).

3.º Partición de varios herederos reales con otro sólo aparente y con preterición de otro verdadero. Manresa (24) sigue igual criterio de considerar nula sólo la adjudicación al falso heredero, aplicando para la parte a él adjudicada lo previsto en el artículo 1.079, y para el preterido la norma del 1.080.

De la misma opinión fue Mucius Scaevola (25): «No hay razón —escribe— para considerar esa primera partición como inexistente por lo que se refiere a los verdaderos herederos: ellos han consentido; por tanto, sólo resta que sean completados sus lotes». Por eso: «pueden perfectamente quedar inalterables las hijuelas formadas a los verdaderos herederos; y sólo aumentarlas, en virtud del reparto que se imponga por razón de los bienes adjudicados a quien o quienes correspondían en la proporción debida, según el derecho que tenían a la herencia partida».

En caso de que el falso heredero deba ser sustituido por otro verdadero, entendía que «si esto ocurriera y ninguna otra circunstancia

(23) *Ibid.*, pp. 777 y s.

(24) *Ibid.*, pp. 778 y ss.

(25) SCAEVOLA, *op. cit. vol. cits.*, p. 472.

legal a ello se opusiere, la sustitución de persona no debería implicar distribución hereditaria diversa ni variación en las adjudicaciones». «Ahora —advirtió— si la partición se llevó a cabo en vista de las cualidades personales de ese heredero falso, o en consideración a circunstancias que sólo por su mediación se tuvieron en cuenta, natural es que la desaparición en el cuaderno particional de esa persona signifique trastorno efectivo en las bases a que se ajustó el reparto del haber sucesorio», y entonces se debería proceder a una nueva partición.

Por el contrario, Sánchez Román (26) consideró que «esta aspiración doctrinal de los juristas (“antiguos y modernos” —explica en el párrafo anterior— que propugnen la solución acabada de reseñar) es estimable en algunos, no en todos los casos, como el arbitrio más favorable, no es menos cierto que la solución de nulidad es más estrictamente jurídica»; y la prefirió «sobre todas las conveniencias y subsidios de compensaciones y fórmulas de compensación, para restablecer la debida proporción distributiva de la herencia entre los que sean verdaderamente herederos, con exclusión del que realmente no lo es, y figuró como tal en la partición». Basó su criterio —dijo— en la razón «fundamental del *título* y el derecho», además del criterio legal, que —según él— bastaría. ¡No solo la exégesis apegada al texto de la norma, sino también la dogmática conceptualista habían penetrado ya en España, situando sus razones exegeticas y conceptuales por encima de la *convenientia rerum*, la *utilitas* y la *aquitas*!

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (27) han admitido que estos supuestos de partición entre varios herederos verdaderos con uno o varios falsos son de nulidad relativa, «conservando su vigor como partición parcial las adjudicaciones a los coherederos reales mientras éstos no la impugnen; pero, en caso de impugnación, no han estimado admisible la opinión de Manresa, no sólo porque en el artículo 1.081 “no se previene que se proceda a nueva partición”, sino por pensar que esa aducida “falta de expresividad del texto legal”, “acaso representa un cambio de orientación si se tiene en cuenta que el art. 1.098 del proyecto de 1882-88” declaraba que sería nula “en cuanto tenga relación” con él y, “en cuanto su personalidad perjudique a los otros interesados” como si, al volver a la redacción del proyecto del 51, pretendiera dejar sentada [el legislador] la invalidez [en la explicación de García Goyena de simple anulabilidad por error] en la partición frente a todos los herederos».

Estas observaciones imponen el examen de los precedentes legislativos de esta norma del 1.081, que se hallan en los artículos 930,

(26) FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, VI-3.º, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 2.ª ed. 1910, pp. 2106 y s.

(27) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, Bosch, 1971, 830, núm. 162, pp. 260 y s.

Proyecto 1.851 y 1.098 Anteproyecto 1882-88. Aquél decía: «La partición hecha con un heredero falso es nula y se regirá por lo dispuesto en la Sección tercera, capítulo 2 y en el 6, título 5 de este libro. García Goyena (28), al comentarlo, glosó que la nulidad se fundaba «porque la consideración de la persona del supuesto heredero fue la causa principal de la partición». Y el artículo 1.098 Anteproyecto 1.882-88, respondiendo sin duda a esa consideración, circunscribió la nulidad «en cuanto, tenga relación con él (con el falso heredero), y en cuanto su personalidad, perjudique a los otros interesados». Es decir, el Proyecto de 1851 sólo dijo que era nula la partición «hecha con un heredero falso»; pero nada de lo partido por los herederos verdaderos, que si lo estimó nulo García Goyena fue por la consideración de que la intervención del falso heredero fuera la causa principal de la partición. Ese silencio del texto legal y la observación de García Goyena, trató de resolverlos el artículo 1.098, Anteproyecto 1882-88, al circunscribir la disposición de aquél, «será nula», con la adición del inciso, «en cuanto su personalidad perjudique a los otros interesados». Inciso que, ciertamente, fue suprimido en el artículo 1.081 del Código Civil, pero la supresión pudo obedecer sea a considerarlo innecesario; o bien, por estimar inconveniente establecer un límite legal rígido a la regla, aunque sin excluir por eso, que pudiera circunscribirse aplicando el *favor partitionis*, en relación con el principio afirmativo de que lo válido y útil no debe resultar viciado ni inutilizado por lo inválido e ineficaz, que había recordado García Goyena (29), en su glosa al artículo 927, Proyecto 1.851 —«Si se procede a una nueva partición no alcanzará ésta a los que no hubiesen sido perjudicados más de lo justo»—, en la que dijo: «la partición fue justa respecto de los que no percibieron en ella más de lo justo», criterio, seguido en el artículo 1.077, III, del Código Civil, para el supuesto de rescisión por causa de lesión, caso de proceder nueva partición, indicando que «no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni recibido más de lo justo».

Por otra parte, el artículo 1.081 del Código Civil no dice que será nula la partición en la que *intervino uno* a quien se creyó heredero sin serlo, sino *la hecha con uno* a quien se creyó que lo era. Es decir, que es nula *en cuanto se partió con él*; pero nada dice de que lo sea *en lo que partieron entre sí los demás coherederos*.

Puig Brutau (30), que considera «radicalmente nula» la partición con quien era considerado heredero sin serlo: en cambio, se inclina por «la conveniencia de una nulidad parcial» (pues no alcanzaría a la efectuada entre los demás coherederos) seguida de una partición

(28) FLORENCIO GARCÍA GOYENA: *op. y vol. cit.*, p. 280.

(29) *Ibid.*, p. 279.

(30) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V-VII, Barcelona, Bosch, 1964, p. 626.

adicional». Y concluye: «En todo caso sería aconsejable adoptar la solución que ocasionara menos perturbación». Esto se aboga por la aplicación del *favor partitionis*.

En virtud de lo expuesto, he entendido (31) que cabe concluir:

1.º Que es nula la partición efectuada por cada heredero verdadero con quien creyó que lo era, sin serlo; pero no es nula sino adicionalmente la establecida entre sí por aquéllos, aunque en ella hubiera intervenido el pseudo heredero.

2.º Que, no obstante, podría resultar anulable la partición entre los verdaderos herederos si la voluntad de cualquiera de ellos, por la intervención del falso heredero, resultare incurso en algún vicio del consentimiento de los enumerados en el artículo 1.265 del Código Civil. Razón por la cual sería impugnabile en el término fijado en el artículo 1.301 del Código Civil.

3.º Que, asimismo, en caso de que alguno de estos coherederos resultare lesionado en más de la cuarta parte, sin que pudiera subsanarse esta lesión con la adición de la parte adjudicada al pseudo heredero y que éste devuelva, la partición sería rescindible, en el término previsto en el artículo 1.076, en caso de que el perjuicio no fuere reparable en la forma prevista en el artículo 1.077.

4.º Que no habiendo lugar a estas impugnaciones y, al no ser nula la partición, sino sólo «con aquel a quien se creyó heredero sin serlo», los verdaderos herederos se hallarán, entre sí, en el supuesto regulado en el artículo 1.079, de omisión de algunos bienes: Es decir, de los que se hubieran adjudicado al supuesto heredero y devueltos al caudal común, una vez invalidada la adjudicación efectuada a éste.

5.º Que en los casos en los cuales «quien se creyó heredero sin serlo», hubiese suplantado a un verdadero heredero que, por tanto, resultó preterido, o bien si, aparecido un testamento posterior o anulado aquel que fundamentó la primera partición, resultare que un interviniente en ésta dejara de ser heredero y que otra persona viniera a serlo, tenemos una combinación de los supuestos regulados en los artículos 1.079 y 1.080.

En conclusión: El artículo 1.081 debe interpretarse en su contexto, en relación con los 1.079 y 1.080 y los principios del *favor partitionis* y del afirmativo de que lo justo y útil no se vicia ni invalida por lo injusto e inútil. Creo que, combinados, ambos principios conducen, en términos generales, a las soluciones que he expuesto; y también pienso que éstas habrán de confrontarse con el supuesto de hecho concreto de cada caso planteado, realizándose el denominado «currículo hermenéutico», para «concretizar» el derecho en el hecho del caso.

(31) Cfr. mi comentario a este artículo 1.081, II, en *op. y vol. últ. cits.* y pp. 609 y ss.