

**PARTICIÓN POR EL TESTADOR: REDACCIÓN DEL
TESTAMENTO E INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD
MANIFESTADA (UNA PERSPECTIVA PRÁCTICA A LA LUZ DE
LA JURISPRUDENCIA)***

***PARTITION BY THE TESTATOR: DRAWING OF THE WILL AND
INTERPRETATION OF THE MANIFESTED WILL (A PRACTICAL
PERSPECTIVE IN THE LIGHT OF CASE LAW)***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 766-789

* El presente trabajo, desarrollado en el seno del grupo de investigación de la USC "Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio", se enmarca en el proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación "La voluntad real del causante en las disposiciones "mortis causa": aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad" (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 septiembre 2021 a 31 agosto 2024), del que es IP la profesora Carballo Fidalgo.



Ángel Luis
REBOLLEDO
VARELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 2 de noviembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: No son infrecuentes los supuestos en los que el testador, con mención expresa de las facultades que le confiere el art. 1056 CC, manifiesta realizar la partición y procede a efectuar las adjudicaciones de sus bienes a los instituidos herederos. Tal partición por el testador debería producir los efectos propios de la misma, especialmente la inexistencia de comunidad hereditaria, la transmisión directa del dominio tras la aceptación, así como la inexistencia de compensaciones si el valor de los bienes adjudicados no se corresponde con la cuota, siempre sin perjuicio de las legítimas. Sin embargo, en muchas ocasiones, surgido el conflicto judicial, a la vista de las disposiciones de última voluntad la jurisprudencia niega que el testador haya realizado la partición de la herencia y califica tales disposiciones como meras normas particionales, por lo que surge la comunidad hereditaria, respetando en lo posible tales normas o instrucciones es necesario realizar la partición para que los herederos adquieran la propiedad de los bienes, y las cuotas en que han sido instituidos prevalecen sobre aquellas. Es objeto de este estudio el análisis de la mencionada jurisprudencia, así como una reflexión sobre la redacción del testamento y sus cláusulas, para que, en definitiva, se cumpla la voluntad manifestada del testador y se estime que ha hecho la partición y no recurrido a las normas particionales.

PALABRAS CLAVE: Voluntad del testador; redacción del testamento particional; interpretación del testamento; partición por el testador; normas particionales; cláusulas testamentarias particionales; comunidad hereditaria.

ABSTRACT: *It is not uncommon to find cases in which the testator, expressly using the powers conferred to him by art. 1056 CC (Spanish Civil Code), carries out the partition and assigns his assets to his designated heirs. Such a partition carried out by the testator should produce the effects which are inherent to it, especially the non-existence of community of heirs and the direct transfer of ownership after acceptance, as well as the non-existence of compensation if the value of the assets awarded does not correspond to the shares, always without prejudice to the legally reserved share ("legítima"). However, on many occasions, when the judicial conflict arises, in view of the last will provisions the jurisprudence denies that the testator has carried out the partition of the inheritance and qualifies such provisions as mere partitional rules ("normas particionales"). When this happens, the community of heirs arises; it is necessary to carry out the partition so that the heirs acquire ownership of the assets - respecting as far as possible such rules or instructions-; and the shares in which they have been instituted prevail over the partitional rules. The object of this study is the analysis of the aforementioned jurisprudence as well as a reflection on the drafting of the will and its clauses, so that, in the end, the testator's expressed will is fulfilled and it is considered that he has carried out the partition and not resorted to the partitional rules.*

KEY WORDS: *Will of the testator; drafting of the partitional will; interpretation of the will; partition carried out by the testator; partitional rules; partitional testamentary clauses; community of heirs.*

SUMARIO.- I. PARTICIÓN TESTAMENTARIA Y NORMA PARTICIONAL.- I. La partición por el testador y sus efectos.- **2.** La norma particional y sus efectos.- **II. DISPOSICIONES DEL TESTADOR: ¿PARTICIÓN O NORMA PARTICIONAL?.- I.** La doctrina jurisprudencial.- **2.** Redacción e interpretación del testamento.- **III. CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS.- I.** La voluntad expresada de hacer la partición.- **2.** Disposiciones sobre los bienes no adjudicados expresamente.- **3.** Disposiciones sobre el valor de los bienes adjudicados.- **4.** Disposiciones sobre inexistencia en la herencia de bienes adjudicados.

I. PARTICIÓN TESTAMENTARIA Y NORMA PARTICIONAL.

I. La partición por el testador y sus efectos.

No es inusual que el testador incluya en su testamento disposiciones relacionadas con la partición de la herencia¹. La más frecuente es la designación de uno o varios contadores-partidores, habitualmente para el supuesto de que los herederos no se pongan de acuerdo sobre la forma de partir la herencia, y señalándoles un plazo,

- ¹ Sobre la partición por el testador puede consultarse especialmente: SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición hecha por el testador*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- Además: ABELLA RUBIO, J. M.: "Partición hecha por el testador", en AA.VV.: *La partición de la herencia* (coord. por X. O'CALLAGHAN MUÑOZ), Madrid, 2006, pp.135-213; BELLO FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: *La partición efectuada por el causante. Régimen del Código Civil y aragonés, con breve referencia a otros derechos forales*, Reus, Madrid, 2018; CARBALLO FIDALGO, M.: "Comentario al art. 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), vol. II, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 1732-1736; CASAS VALLÉS, R.: "Comentario a la STS de 21 de julio de 1986", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, 1986, pp. 3967-3974; CORBAL FERNÁNDEZ, J.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA), 2 ed., Boch, Barcelona 2006, pp. 655-668; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: "La partición de la herencia por el propio testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99-234; DIEZ SOTO, C.: "La partición realizada por el propio testador en el Código Civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. por F. BLASCO GASCÓ), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 879-896; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4859-4865; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario a la STS de 7 de septiembre de 1998", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 1999, pp. 189-196; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (director: R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7626-7665; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Comentario a la STS de 4 de febrero de 1994", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, 1994, pp. 493-502; GONZÁLEZ VALVERDE, A.: "En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, pp. 781-850; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: "La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 62, recuperado de <https://www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios?tm%E2%80%A6>; ORDUÑA MORENO, F.J.: "La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador: artículos 1056 y 1070, número 1, del Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 469-580; PASCUAL BROTONS, C.C.: "Partición, adjudicación y Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho, empresa y Sociedad*, núm. 14, 2019, pp. 119-139; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Partición y Registro de la Propiedad: doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "La partición hecha por el testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1970, pp. 209-231; RUBIO GARRIDO, T.: *La partición de la herencia*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017; RUBIO GARRIDO, T.: "La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2009, pp. 19-28; VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), tomo XIV, vol. II, Madrid, 1989, pp. 123-170.

• Ángel Luis Rebollo Varela

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Santiago de Compostela, Abogado. Correo electrónico: angelluis.rebollo@usc.es

normalmente con prórroga, que se contará desde que fueran requeridos por algún partícipe (heredero, legatario de parte alcuota o legitimario). Pero tampoco faltan supuestos en que el testador incluye en su testamento la propia partición, realiza adjudicaciones de bienes concretos, establece normas particionales o incluso prohíbe la propia partición, sea de todos los bienes de la herencia o parte de los mismos, prohibición muchas veces vinculada en su duración a la vida del cónyuge viudo a quien, a su vez, se le lega el usufructo universal.

La posibilidad de que el propio testador realice la partición de su herencia aparece reconocida en el párr. 1º del art. 1056 CC al establecer que cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad – incluyéndola, por tanto, en su testamento o en documento independiente, público o privado –, la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, norma que se completa con la previsión del art. 1075 CC de que dicha partición 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 fue otra la voluntad del testador.

Realmente, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, la partición por el testador impide el nacimiento de la comunidad hereditaria – de ahí el carácter equívoco de la expresión “partición por el testador” –, dado que la adjudicación de los bienes coincide con la apertura de la sucesión y aceptación de la herencia, por lo que, como señala la STS 26 enero 2012² es un acto “mortis causa” que tiene eficacia a la muerte del causante, lo que desde una perspectiva procesal va a implicar la falta de legitimación de los herederos para instar la partición judicial de la herencia (art. 782 LEC) y sí legitimación activa para plantear una acción reivindicatoria, dado que, conforme al art. 1068 CC, adquieren directamente del causante la titularidad de los bienes y derechos que le han sido adjudicados³ como en cualquier partición, sea realizada por los herederos, contador-partidor o judicial⁴.

Por otra parte, como consecuencia de tal adquisición los herederos hacen ya suyos los frutos y mejoras de los bienes adjudicados habidos desde el fallecimiento⁵, si bien también asumen todos los gastos originados por los mismos así como los deterioros y, sobre todo, y sin perjuicio del régimen legitimario, la realización por el propio testador de la partición supone la irrelevancia del valor real o de mercado que tengan a la apertura de la sucesión los bienes que integran la herencia – en realidad también a la fecha de otorgamiento del testamento particional –, por

2 STS 26 enero 2012 (RAJ 2012, 1904).

3 SSTS 21 julio 1986 (RAJ 1986, 4575), 21 diciembre 1998 (RAJ 1998, 9756), 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

4 RDGSJFP 26 enero 2022 (RAJ 2022, 1605), RDGRN 1 agosto 2012 (RAJ 2012, 10381).

5 SAP Madrid, Sección 19, 9 junio 2022 (ECLI: ES:APM:2022:7807).

lo que no van a existir compensaciones económicas entre los herederos por las diferencias que puedan haber entre el valor de los bienes adjudicados en la partición (cláusulas particionales) y la cuota en la que fueron instituidos (cláusulas dispositivas), generalmente a partes iguales, bien por así constar expresamente en la cláusula testamentaria o por aplicación del art. 765 CC, salvo posible interpretación de la voluntad del testador de que en ausencia de cuotas explícitas fueron instituidos en la proporción de los bienes adjudicados.

Así mismo, en la partición por el testador los herederos responden del pasivo frente a terceros en los términos del art. 1084 CC, siendo cuestión controvertida si internamente responden en proporción al valor de los bienes adjudicados o, por el contrario, en proporción a la cuota o participación en que fueron instituidos, pues si bien la dicción literal del art. 1085 CC parece abocar a la segunda conclusión, es lo cierto que para la respuesta habrá que atender al caso concreto, ya que, en último término, dependerá de la interpretación de la voluntad del testador desde el momento en que, internamente, no frente a terceros, es libre de imponer el pago de las deudas a cualquiera de los herederos (art. 797 CC) o legatarios (art. 858 CC).

Y precisamente, conociéndose que se puede plantear un problema de interpretación, es por lo que debería incorporarse en el testamento una previsión que recoja cuál es la voluntad del testador que realiza la partición para el caso de existencia de un pasivo a la fecha de apertura de la sucesión, previsión que no solo es aconsejable sino que se configura necesaria para que, desde un punto de vista registral y con relación a este aspecto del pasivo, se considere que nos encontramos ante una partición por el testador que no requiere una liquidación adicional para su acceso al Registro de la Propiedad⁶.

2. La norma particional y sus efectos.

Institución diferente a la partición por el testador, con los efectos que le son propios, son las normas para la partición o normas particionales y aún, en principio, las adjudicaciones que el testador puede realizar en el testamento. La norma particional, no está expresamente regulada en el CC⁷, aunque sí existe una

6 Las RRDGRN 8 enero 2014 (RAJ 2014, 1542) y 1 agosto 2012 (RAJ 2012, 10381), esta última de cita recurrente en resoluciones posteriores, no consideran la existencia de partición por el testador y sí norma particional, pues aunque el testador manifiesta que “usando de la facultad distributiva que le concede el art. 1056 CC, adjudica sus bienes a cada uno de sus citados hermanos y sobrinos y herederos, en pago de sus respectivos derechos hereditarios” no se acredita que no existieran deudas o que fueron asumidas por uno de los herederos o que el testador consignó alguna previsión respecto de ellas. Igual criterio en cuanto al pago de las deudas RDGSJFP 7 febrero 2023 (BOE 3 marzo 2023).

7 Si se regula en el art. 275 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (LDCG), así como en el art. 464-4.1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (CCC); en el art. 368 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFA).

previsión legal en el art. 786 LEC en relación con las operaciones divisorias del contador dentro de la partición judicial: si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos.

La distinción entre partición testamentaria y norma particional es entendida por la doctrina jurisprudencial y registral⁸ en el sentido de que en la norma particional el testador se limita a dar instrucciones de obligado cumplimiento, salvo el límite de la intangibilidad de las legítimas, sobre la forma en que en el futuro, cuando se realice la partición, sea por el contador-partidor, los herederos e incluso en la partición judicial, la misma debe realizarse, especialmente con referencia a los bienes que deben adjudicarse a los herederos o alguno de ellos en pago de su haber; pero con ello no se altera la naturaleza de la partición que se realiza de conformidad con dichas normas convirtiéndola en partición por el testador, por lo que no le son de aplicación sus efectos.

Esto es, si las disposiciones del testamento relacionadas con la partición de la herencia son calificadas de normas particionales surge la comunidad hereditaria, el heredero no adquiere la propiedad de los bienes incluidos en aquellas hasta que efectivamente le son adjudicados en la partición todavía pendiente de realización (art. 1068 CC), no hace suyos los frutos y mejoras sino que se integran en la comunidad hereditaria (art. 1063 CC), tampoco asume los gastos y deterioros y, sobre todo, la cuota en la que los herederos aparecen instituidos, por mención expresa en el testamento o derivada del art. 765 CC, prevalece sobre la norma particional, por lo que, aunque la misma en principio deberá ser respetada de ser posible, las adjudicaciones definitivas se realizarán atendiendo al valor real y objetivo de los bienes en el momento de la partición (art. 1074 CC), no del otorgamiento del testamento o del fallecimiento.

Y dado que no se trata de una partición por el testador a la que se le aplique los arts. 1056 y 1075 CC, en la partición que se realice por los herederos, contador partidor o en la partición judicial habrá lugar a las compensaciones económicas correspondientes, a favor o el contra del heredero o, si las mismas no fueran posibles, modificación de las adjudicaciones previstas en la norma particional hasta que las adjudicaciones definitivas se ajusten a la cuota instituida o, al menos, hasta que no exista lesión para ninguno de los herederos en más de la cuarta parte (art. 1074 CC), que sería el motivo general de impugnación de una partición no realizada por el testador.

⁸ SSTS 7 septiembre 1998 (RAJ 1998, 6395), 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), RDGSJFP 26 enero 2022 (RAJ 2022, 1605), RRDGRN 23 octubre 2019 (RAJ 2019, 4742), 5 julio 2016 (RAJ 2016, 4254), 26 diciembre 2016 (RAJ 2016, 5753), 1 agosto 2012 (RAJ 2012, 1038).

II. DISPOSICIONES DEL TESTADOR: ¿PARTICIÓN O NORMA PARTICIONAL?

I. La doctrina jurisprudencial.

Puede decirse que la distinción entre la partición realizada por el testador y la norma particional no presenta dificultades teóricas, y el causante, al manifestar su última voluntad en forma testamentaria, puede querer los efectos de una u otra institución y así estar recogido en el testamento con referencia al habitual testamento abierto notarial, dado que la norma particional se considera que no puede ser establecida fuera del testamento, por actos "inter vivos" [extratestamentario] como dice el art. 1056 CC al referirse a la partición⁹. Unas veces, en el testamento se menciona expresamente que el testador realiza la partición con las subsiguientes adjudicaciones; en otros se menciona bajo el epígrafe "normas particionales", además de otras disposiciones, cómo deben realizarse las adjudicaciones o alguna de ellas en la futura partición.

Ahora bien, a mi modo de ver, es un hecho que son relativamente pocos los testadores que realizan la partición de su herencia y, en su caso, optan mayoritariamente por hacer uso de las normas particionales. O dicho de una manera más precisa, es un hecho que el Tribunal Supremo, al tener que pronunciarse sobre la cuestión de si el testador ha realizado la partición o meramente ha dispuesto normas o reglas particionales, dados los efectos específicos de la partición por el testador, interpreta en muchas ocasiones que su voluntad o intención ha sido recurrir a la norma particional. Y es que parece que la duda no surge nunca cuando el testador especifica que son normas particionales, especificación que no sucede con frecuencia, quizá por una imprecisa redacción del testamento, y sí cuando manifiesta hacer la partición.

Y a tal conclusión, desde luego no unánime y con decisiones contradictorias, básicamente se llega cuando en la partición no han sido incluidos y adjudicados todos los bienes del causante y son precisas operaciones particionales/divisorias posteriores, sin que se admita, por tanto, la partición parcial por el testador – entendida como la adjudicación solo de una parte de su patrimonio –, con los efectos propios de la misma previstos por la ley respecto de los bienes que sí han sido objeto de partición y adjudicación, esto es, fundamentalmente, desde un punto de vista substantivo, atribución del dominio a la muerte del causante tras la aceptación e inexistencia de compensaciones, y desde una perspectiva registral el acceso al Registro de la Propiedad.

⁹ En el Derecho civil de Galicia, expresamente el art. 275 LDCG prevé que la norma particional debe ordenarse en testamento, mientras que el art. 274 LDCG admite la posibilidad de una partición realizada en documento no testamentario, que el art. 270.1º LDCG prevé que pueda ser anterior o posterior al testamento.

En efecto, si bien la STS 4 noviembre 2008¹⁰ asume la doctrina de que para la validez de la partición por el testador el CC no exige que en la misma se incluyan todos los bienes de la herencia, una línea jurisprudencial y registral recurrente¹¹, considera que aunque el propio testador manifieste expresamente que realiza la partición de la herencia, si no realiza la partición total o no incluye el inventario y avalúo, así como los lotes objeto de adjudicación – en definitiva, como dice la STS 7 septiembre 1998¹², no se hacen todas las operaciones objeto de la partición haciendo innecesario que tenga que realizarse por otros medios –, o se designa contador-partidor más allá que un mero ejecutor de la voluntad del testador¹³, se trata de una norma o normas particionales y no de una partición realizada por el testador.

Y así, en esta línea jurisprudencial es paradigmática por su cita reiterada en posteriores decisiones judiciales y registrales, la citada STS 7 septiembre 1998, la cual, después de manifestar que el art. 1056 CC faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas, afirma que “[...] no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una “regla de oro”, consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones – inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes –, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione”.

Y tal doctrina se hace extensible a aquellos supuestos en que el testador, después de la cláusula de institución de herederos, sin manifestación alguna de realizar la partición sí procede a la adjudicación de bienes concretos que integran el patrimonio del causante, adjudicaciones que, sobre la base de que no cabe que el testador realice una partición parcial, se considera no pueden ser calificadas de partición¹⁴ al no extenderse a la totalidad de los bienes, constituyendo una suerte de norma particional¹⁵.

10 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

11 SSTS 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806), 15 junio 2006 (RAJ 2006, 3538), RDGSJFP 7 febrero 2023 (BOE 3 de marzo), RRDGRN, 5 abril 2019 (RAJ 2019, 466), 18 octubre 2013 (RAJ 2013, 7627).

12 STS 7 septiembre 1998 (RAJ 1998, 6395).

13 STS 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023).

14 SSTS 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), 24 enero 2003 (RAJ 2003, 1995), 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806), 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023), 15 febrero 1988 (RAJ 1988, 1987), 9 marzo 1961 (RAJ 1961, 945).

15 SSTS 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023).

Tal conclusión tiene como consecuencia que tales bienes objeto de adjudicación expresa por el testador también se integran en la comunidad hereditaria, sin transmisión del dominio a la fecha de fallecimiento por lo que no pueden practicarse inscripciones separadas de los bienes adjudicados hasta que no esté hecha la partición¹⁶, con las compensaciones a que haya lugar por prevalecer la institución sobre la adjudicación y con valoración al día en que se realice la partición (art. 1074 CC). Todo ello sin perjuicio del problema adicional que se puede presentar, más allá de si se considera que se trata de una partición o de una norma particional, de si con la adjudicación se considera satisfecha o no la cuota, considerándose que no, salvo que el testador manifieste expresamente que la adjudicación se realiza “en pago” de los derechos hereditarios del instituido heredero sin derecho a la adjudicación de otros bienes para el supuesto de que la atribución no cubra su cuota – ni reducción para el caso de que la exceda –, supuesto en el que, en realidad, se trataría de un legatario de cosa específica en cuanto heredero instituido en cosa cierta (art. 768 CC), y con los efectos propios de tal legatario en cuanto a la adquisición del dominio y responsabilidad por las deudas del causante, razón por la que si tal es la voluntad del testador sería aconsejable disponer directamente del legado.

La posición tan restrictiva de esta doctrina jurisprudencial, en la práctica, en la mayoría de los supuestos acaba reduciendo la partición por el testador a los casos en que realiza un completo y clásico cuaderno particional incluyendo todos sus bienes, con avalúo y formación de lotes objeto de adjudicación, normalmente en documento público extratestamentario al que se remite el testamento, que se limita a la institución de herederos y, en su caso, a incorporar legados. En definitiva, parece que esta línea jurisprudencial, más allá de la explícita voluntad del testador de realizar la partición, exige la concurrencia de unos requisitos objetivos para poder calificar la disposición testamentaria como una partición por el testador con los efectos que a la misma le atribuye el CC, requisitos que se concretarían en la exigencia de que el testamento contuviera todas las operaciones particionales.

2. Redacción e interpretación del testamento.

Estrictamente hablando, y como se ha mantenido por la doctrina, el CC no impone que la partición por el testador haya de ser total¹⁷, ni con referencia a

16 RDGRN 8 enero 2014 (RAJ 2014, I542).

17 En los derechos civiles autonómicos, el art. 273 LDCG se refiere como figuras distintas a la partición y a la adjudicación de bienes o derechos determinados, por lo que, en principio, parece que el efecto propio de la partición (según el art. 274 LDCG prevalencia de la misma sobre la cuota en que se instituyó al heredero), no es de aplicación a las meras adjudicaciones. El art. 464-4.1 CCC expresamente contempla, diferenciadamente de las normas particionales, que la partición puede comprender toda la herencia, o solo una parte del caudal, o bienes concretos y determinados, regulando en el art. 464-4.2 CCC que, si el causante hace la partición en el mismo acto en que dispone de la herencia y existe contradicción entre las cláusulas de partición y las de disposición, prevalecen las primeras. En términos semejantes se regula en el art. 368 CDFA, que admite expresamente la posibilidad de que el causante realice la partición parcial,

todos sus bienes en el momento de otorgar el testamento en que se incluye la partición ni a los existentes a su fallecimiento y apertura de la sucesión, pues resultaría aplicable el art. 1079 CC; tampoco que tenga que incorporar un avalúo de los bienes, irrelevante más allá de lo previsto en el art. 1075 CC, en que será el que se oponga a la partición en base a tal norma quien tenga que demostrar el perjuicio por los valores. Tampoco establece que no sea posible completar las adjudicaciones de bienes específicos mediante una adjudicaciónalzada del posible remanente a todos o varios de los herederos, por cuotas y en copropiedad ordinaria excluyente de la comunidad hereditaria – así STS 17 febrero 2000¹⁸ en el sentido de que la adjudicación pro indiviso implica pasar a ser titular en copropiedad –, o incluso una adjudicación en tal comunidad hereditaria, exclusivamente integrada por los bienes no adjudicados.

Cuestión diferente sería determinar en el caso concreto los efectos que deben producir las disposiciones testamentarias relacionadas con la institución de herederos y las adjudicaciones que se realizan, y en relación con ello, en último término, más allá de supuestos extremos en que el testador se limite a adjudicar algún (o alguno) de los bienes a algún (o algunos) de los herederos, sin previsión sobre la parte más importante económicamente de su patrimonio en el momento de otorgar el testamento, , que el testador esté haciendo la partición con los efectos que son propios o consignando meras normas particionales realmente debe ser considerado como una cuestión de interpretación del testamento para determinar su voluntad real en cada caso¹⁹, interpretación que en la mayoría de los supuestos, como se ha indicado, concluye en la existencia de normas particionales y no de partición como consecuencia, en no pocas ocasiones, de una incompleta, imprecisa o equívoca redacción de las cláusulas testamentarias, a las que el Tribunal Supremo no vincula los efectos legales de la partición por el testador.

Y bajo esa premisa, y sin perjuicio de posiciones críticas o de futuros y eventuales cambios o unificación de la doctrina del Tribunal Supremo en un sentido menos restrictivo, la posición de la jurisprudencia, a mi modo de ver, aunque bastante contradictoria, pero en una tendencia mayoritaria a negar que el testador haya hecho la partición de la herencia y sí incluido meras normas particionales, debe necesariamente ser tenida en cuenta y no puede prescindirse de ella en el momento de plasmar o recoger la voluntad testamentaria. Ello supone la necesidad de que en la redacción y otorgamiento del testamento previamente a su formalización

y si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte, las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Por su parte, la ley 338 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. no recoge expresamente la posibilidad de la partición parcial por parte del causante y sí la previsión de que, si la partición se hiciere en el mismo acto de disposición y resultare alguna contradicción entre las cláusulas dispositivas y las particionales, prevalecerán éstas sobre aquéllas en la medida de la contradicción.

18 STS 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806).

19 STS 29 enero 2008 (RAJ 2008, 229).

se indague y se determine, atendidas las circunstancias del caso concreto, cuál es realmente la voluntad del testador cuando en el testamento se afirma que es él quien ya realiza la partición de sus bienes, y se desecha la opción de designar contador-partidor y/o incluir normas particionales, generalmente referidas a las adjudicaciones, conforme a las cuales se realizará una futura partición que él, obviamente, no realiza.

En otros términos, y analizado desde el punto de vista substantivo de controversia judicial entre los herederos y no tanto desde una perspectiva registral en relación con el acceso de la partición al Registro de la Propiedad²⁰, cuando el testador en su testamento abierto notarial ha instituido a los herederos a partes iguales, expresamente o no, con aplicación en su caso del art. 765 CC, en la mayoría de los supuestos con la usual substitución vulgar (art. 774 CC), igualmente consigna la manifestación de hacer la partición y realiza las adjudicaciones, ¿conoce y quiere las consecuencias jurídicas de la partición – especialmente el eventual desequilibrio entre el valor objetivo de las adjudicaciones y la cuota instituida a fecha de fallecimiento por mejoras o deterioros de los bienes, o la inexistencia de alguno de los bienes adjudicados –, o más bien se acomodaría mejor a su intención y voluntad limitarse a incluir normas particionales, con designación o no de contador-partidor, o incluso configurar las adjudicaciones como legados?

Y si lo pretendido es realmente realizar la partición en el testamento y se quiere obtener tal resultado cumpliéndose así la voluntad del otorgante, como se expone a continuación, no va a ser suficiente la utilización del recurso habitual a fórmulas más o menos estandarizadas como manifestar que se hace la partición, o adjudicar los bienes el propio testador (“adjudica”) y no estableciendo una adjudicación futura (“se adjudique”), sino que será preciso adecuarse a las exigencias jurisprudenciales lo que, salvo partición independiente, será de difícil ejecución en la práctica ante las dificultades de incluir en el testamento todas las operaciones particionales de inventario, avalúo, etc., que comprendan todos los bienes existentes al tiempo del fallecimiento o, al menos, en el momento de otorgar el testamento presuntamente particional.

Por ello, partiendo del principio “favor testamenti” en su proyección de dar prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador²¹, puede ser útil indicar

20 Para el acceso al Registro de la Propiedad de la partición realizada por el testador, la DGRN/DGSJFP ha oscilado entre la interpretación estricta siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo representada por la sentencia de 7 septiembre 1998 de que debe contener el inventario y avalúo (RDGSJFP 7 febrero 2023 [BOE 3 marzo 2023], RDGRN 5 abril 2019 [RAJ 2019, 466]), y admitir la inscripción si la partición es completada por todos los interesados con todas las operaciones particionales omitidas por el testador, y en todo caso, de existir legitimarios, con su intervención dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (RRDGRN 6 marzo 2012 [RAJ 2012, 6149], 13 junio 2013 [RAJ 2013, 5440], 3 marzo 2015 [RAJ 2015, 5556], 16 octubre 2015 [RAJ 6490]).

21 SSTS 28 junio 2013 (RAJ 2013, 8081), 20 marzo 2013 (RAJ 2013, 7291).

algunos extremos a tener en cuenta en la redacción del testamento, es decir, una vez indagada previamente la voluntad del testador, el que se otorga a fin de conseguir determinados efectos de la partición por el mismo, no ya por aplicación directa de las previsiones que el CC le atribuye, lo que el Tribunal Supremo niega, sino por la inclusión de cláusulas o previsiones testamentarias específicas, de manera que la voluntad explicitada en el testamento no acabe siendo considerada en la mayoría de las ocasiones como normas particionales cuando realmente se quiere hacer la partición o, al menos, algunos de sus efectos más relevantes.

III. CLAUSULAS TESTAMENTARIAS.

I. La voluntad expresada de hacer la partición.

En principio, y sin perjuicio de las limitaciones que en el caso concreto puedan existir en relación con la libertad de testar, fundamentalmente la existencia de legitimarios, la voluntad del causante manifestada en el testamento es la ley de la sucesión, por lo que la partición que el mismo realiza incorporándola en el testamento ha de ser respetada.

Según ello, cuando en el testamento abierto notarial, bajo el asesoramiento y supervisión del notario – sin perjuicio de la particularidad a estos efectos de los testamentos redactados “según minuta” –, tras la cláusula de institución de herederos se incluye otra que dice que “el testador, de conformidad con lo establecido en el art. 1056 CC, realiza la partición de sus bienes...” y procede a continuación a consignar las correspondientes adjudicaciones; o la cláusula menciona que “el testador haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 1056 CC hace las siguientes adjudicaciones...”, debería considerarse que la voluntad testamentaria explicitada no es otra que hacer la partición de los bienes – como dice la SAP Pontevedra, Sección 6ª, 17 marzo 2023, “palabras precisas puesto que de documento notarial se trata”²² –, con las consecuencias que le corresponden, principalmente, como se ha indicado, la adquisición del dominio de los bienes adjudicados una vez aceptada la herencia y con efectos a la fecha de la apertura de la sucesión y, sobre todo, dada su importancia en la conflictividad práctica, que ya no es posible acudir al procedimiento de partición judicial (art. 782 y ss. LEC) – o a la figura del contador-partidor-dativo (art. 1057 párr. 2º CC) – para partir una herencia ya partida, así como la inexistencia de compensaciones para el caso de que el valor de los bienes adjudicados no coincida con la cuota en que los herederos han sido instituidos, bien porque ya no eran sustancialmente coincidentes al tiempo del otorgamiento del testamento y partición, bien al del fallecimiento por circunstancias sobrevenidas.

22 SAP Pontevedra, Sección 6ª, 17 marzo 2023 (ECLI: ES:APPO:2023:526).

Y así, la STS 4 noviembre 2008²³ considera que sí es relevante la circunstancia de que la testadora con las adjudicaciones que realiza manifieste su voluntad de hacer la partición con cita del art. 1056 CC, pues si la interpretación del testamento tiene como finalidad reconstruir la voluntad del testador, el art. 675 CC impone como límite al intérprete que se limite al sentido literal cuando aparezca clara e indudable dicha voluntad (*vid.* siguiendo esta doctrina, SAP Madrid, Sección 19, 9 junio 2022)²⁴. Y similar criterio es el mantenido por la STS 29 marzo 2021²⁵ al indicar que el testador no se limitó a establecer indicaciones acerca de cómo debía hacerse la partición de su herencia, sino que, en un testamento notarial, con cita expresa del art. 1056 CC, declaró ordenar la partición conforme a las concretas adjudicaciones que enumeraba. Es decir, que la voluntad expresada con claridad por el causante fue la de realizar la denominada partición por el testador, lo que excluye la comunidad hereditaria y la situación de indivisión. Y ello, como afirma la mencionada STS 4 noviembre 2008, sin que deje de ser partición por el hecho de que no se hayan incluido todos los bienes, pues conforme al art. 1079 CC puede hacerse una partición adicional.

Y tales conclusiones pueden verse respaldadas igualmente por la doctrina registral. Expresamente la RDRGRN 5 julio 2018²⁶, reiterando la doctrina de anteriores resoluciones²⁷, considera que en la interpretación del testamento debe atenderse especialmente al significado que las palabras utilizadas tengan usualmente en el contexto del negocio o institución concreta de que se trate, y cuando se trata de la interpretación de las disposiciones “mortis causa”, es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquél tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

Sin embargo, es lo cierto que la manifestación del testador recogida expresamente en una cláusula de que realiza la partición de sus bienes, aunque incluya expresamente la referencia de “al amparo de lo dispuesto en el art. 1056 CC...” o expresión similar, no es habitualmente considerada por el Tribunal Supremo suficiente por sí misma para entender que nos encontramos ante una partición por el testador, pues, como se ha comentado, no lo sería si en relación con el patrimonio que se dice partir o adjudicar no se incluye todos los bienes, y tampoco cuando tales previsiones testamentarias se completan con una cláusula

23 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

24 SAP Madrid, Sección 19, 9 junio 2022 (ECLI: ES:APM:2022:7807).

25 la STS 29 marzo 2021 (RAJ 2021, 1452).

26 RDGRN 5 julio 2018 (RAJ 2018, 4761).

27 RRDGRN 25 de septiembre de 1987 (RAJ 1987, 6574), 27 de mayo de 2009 (RAJ 2010, 1649), 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 650), 22 junio 2015 (RJA 2015, 3734).

en que se designan contador o contadores-partidores, designación que sería incompatible con una partición previamente realizada por el testador²⁸.

La conclusión de todo ello sería que en estos supuestos no hay partición por el testador y que las adjudicaciones concretas que se hayan realizado tienen la consideración de meras normas particionales. En último término, aunque la manifestación del testador de realizar la partición o mencionar expresamente el art. 1056 CC acompañada de las adjudicaciones a los instituidos herederos realizada en un testamento autorizado por notario debiera ser un elemento relevante en la interpretación de lo dispuesto y realizado en el testamento, e incluso debería ser el elemento relevante por excelencia en la indagación de su voluntad (art. 675 CC), según la jurisprudencia mayoritaria no es lo esencial y definitivo para apreciar la existencia de tal partición, doctrina que, en muchas ocasiones, acaba en la total irrelevancia de la voluntad manifestada por el testador que es reconducida a la norma particional, a pesar de tratarse de un testamento abierto notarial que habría de suponerse de redacción técnica y precisa en una materia tan controvertida

2. Disposiciones sobre los bienes no adjudicados expresamente.

A mi juicio, la mayor dificultad que se constata en la doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de la partición por el testador con los efectos que le atribuye directamente el CC es el hecho de que en la misma no se incluyan todos los bienes del testador, especialmente los existentes en el momento de su realización y otorgamiento del testamento.

La STS 4 noviembre 2008²⁹, con cita de la doctrina ya mantenida expresamente por la STS 6 marzo 1945³⁰, considera que no es preciso que la partición realizada por el testador comprenda absolutamente todos los bienes del causante, pues cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, (art. 1079 CC), ya que, al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Y tal criterio puede encontrarse también en la STS 21 julio 1986³¹, para la que el testador puede hacer la partición sin realizar inventario, sin perjuicio de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde la muerte del testador.

28 SSTS 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023) y 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038).

29 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

30 STS 6 marzo 1945 (RAJ 1945, 272).

31 STS 21 julio 1986 (RAJ 1986, 4575).

Y tal doctrina sería de aplicación no solo al supuesto en que el testador adjudica los que cree todos sus bienes sin referencia a la existencia de otros, omitiendo alguno por olvido o por haber sido adquirido con posterioridad al testamento y partición que en él realiza, siempre que representen una parte no relevante de la herencia susceptible de ser encajada en lo dispuesto por el art. 1079 CC, tal y como ya había declarado la STS 15 febrero 1988³², sino también a aquellos casos en que, conociendo la existencia de bienes no incluidos en las adjudicaciones, o en previsión de su posible existencia futura, el testador expresamente atribuye el resto de los bienes que integren su herencia al tiempo del fallecimiento a uno de los herederos³³ sin que, por lo tanto, se requieran operaciones particionales adicionales.

Y también sería de aplicación si la atribución de los bienes no expresamente adjudicados se realiza a favor de dos o más herederos, incluso a todos a partes iguales, o directamente lo configura como una cláusula residual instituyendo herederos a partes iguales en los bienes de los que no se haya hecho atribución expresa, configurando así un testamento en parte particional respecto de los bienes atribuidos, y en parte no particional en cuanto al resto que, respetándose las adjudicaciones hechas por el testador, sin perjuicio también del respeto de las legítimas, deberá ser objeto de partición³⁴.

Tal conclusión, que en último término implica admitir la existencia de que el testador realice una partición parcial de sus bienes, posibilidad que para la partición verificada por los herederos admite el art. 80.I.b RH, no obstante, no es la mantenida por la mayoría de la jurisprudencia. Así, la STS 9 marzo 1961³⁵, cuya doctrina acoge expresamente la STS 17 febrero 2000³⁶, que considera que no constituye partición por el testador la adjudicación que se realiza de alguno de los bienes, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio cuya existencia conoce ni realizar la liquidación. O la STS 8 marzo 1989³⁷, para la que no será partición si en relación con el patrimonio que se dice partir o adjudicar no se incluye una parte importante de los bienes, que normalmente no se especifican, y ello aunque en el propio testamento se incluya expresamente una cláusula de atribución a partes iguales a los herederos del remanente de los bienes no adjudicados, pues tal atribución conjunta va a requerir operaciones particionales posteriores, razón por la que no se puede mantener que el testador haya realizado la partición de su herencia.

32 STS 15 febrero 1988 (RAJ 1988, 1987).

33 RDGRN 26 octubre 2016 (RAJ 2016, 5753).

34 Vid. SAP Baleares, Sección 5ª, 22 octubre 2013 (JUR 2014, 4942).

35 STS 9 marzo 1961 (RAJ 1961, 945).

36 STS 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806).

37 STS 8 marzo 1989 (RJA 1989, 2023).

Nótese el carácter tan restrictivo de tal doctrina al considerarse insuficiente para apreciar la existencia de partición que el testador haga uso de una facultad que sí tiene el contador en el art. 786.I LEC de adjudicar bienes en indivisión o comunidad romana, o los propios herederos que por unanimidad pueden poner término a la comunidad hereditaria mediante su transformación en comunidad ordinaria³⁸, lo que sin duda supone la realización de la partición³⁹, comunidad ordinaria ya no susceptible de extinción a través del cauce de los arts. 782 y ss. LEC sino del ejercicio de la acción de división en el procedimiento que por cuantía corresponda⁴⁰.

Por otra parte, y si bien la diferencia entre los supuestos puede residir, al menos respecto del contador en el caso del art. 786.I CC, que se trata de una adjudicación en copropiedad de un bien o bienes concretos a uno o varios herederos, lo que no cabe dudar que también puede hacerlo el testador sin que por tal adjudicación específica en proindiviso se excluya que se trata de una partición, y que lo negado por la jurisprudencia es la eficacia a estos efectos de las adjudicaciones genéricas⁴¹, la cuestión parece no estar tanto en la inclusión o no de todos los bienes en las adjudicaciones realizadas en la partición, sino en que no puede considerarse que el testador ha realizado la partición cuando se limita a adjudicar algunos bienes concretos, pero sin dividir ni partir la herencia, aunque sí podría considerarse partición si los bienes no incluidos en las adjudicaciones no son relevantes en su valor en relación con las mismas, requiriendo con fundamento en el art. 1079 CC tan solo operaciones particionales complementarias no sustanciales.

A la vista de tal doctrina, parece necesaria la inclusión en el testamento de disposiciones complementarias del testador en relación con los bienes, existentes o futuros, no adjudicados de forma expresa e individualizada. Una posibilidad podría ser la especificación de que la adjudicación a partes iguales – tal suele ser la previsión habitual, aunque también en ocasiones lo es en proporción al valor de los bienes adjudicados – lo es de cada uno de los bienes individualmente considerados, en comunidad romana, a la que cualquier heredero podrá poner término a través del ejercicio de la acción de división (art. 400 CC) – que, como se ha indicado, se tramitaría el procedimiento ordinario y no por el de división judicial de patrimonios –, disponiendo expresamente que la misma deberá recaer sobre todos los bienes y que podrán considerarse en su conjunto a los efectos de formar lotes y adjudicarlos – en términos semejantes a la previsión del art. 437.4.ª LEC –,

38 SSTS 16 septiembre 2010 (RAJ 2010, 7997) y 17 febrero 2000 (RAJ 2000, 806).

39 RDGRN 13 julio 2015 (RAJ 2015, 4038).

40 STS 8 marzo 1999 (RAJ 1999, 1404).

41 Ningún obstáculo encuentra la RDGRN 26 noviembre 2006 (BOE 28 de diciembre) para la inscripción, en un supuesto en que en la herencia no existían deudas, de las adjudicaciones realizadas a cada heredero de una participación o porcentaje de los bienes de la herencia en vez de referir la participación a bienes concretos y determinados, pues dentro de esa expresión más amplia, están aquellos incluidos en su propia individualidad.

solución posible, dado que el testador genera la comunidad y puede establecer normas sobre uso, disfrute y extinción (art. 392.II CC), pero un tanto forzada y probablemente excesiva, con posibles consecuencias tributarias indeseadas⁴², para la obtención de la finalidad pretendida – que lo dispuesto por el causante en su testamento sea considerado partición por el testador – .

Por ello, después de que el testamento recoja la manifestación del testador de hacer la partición al amparo del art. 1056 CC y de realizar las adjudicaciones, parece preferible la opción de mantener una adjudicaciónalzada del remanente, con la especificación de que su distribución entre los herederos adjudicatarios conforme a las cuotas que se concretan en la propia cláusula (normalmente a partes iguales) se considerará a todos los efectos como una partición complementaria a la ya realizada por el testador, cuyas adjudicaciones, y sin perjuicio de la intangibilidad de las legítimas, en todo caso deberán ser respetadas y transmitido el dominio en el momento de la apertura de la sucesión, previsión que puede completarse con la designación de un contador-partidor para tal partición complementaria, pero con las manifestaciones anteriores dado que, en otro caso, ante la existencia de bienes no partidos o adjudicados con designación de un contador-partidor probablemente será considerado como un supuesto de normas particionales, que deberán ser respetadas pero con sus efectos específicos, y no de partición por el testador.

Y, recordemos, así lo considera la STS 7 septiembre 1998⁴³, en doctrina reiterada por la STS 15 junio 2006⁴⁴, desde el momento en que en el testamento se hace una designación expresa de un contador partidor, “institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento” (en el mismo sentido STS 8 marzo 1989)⁴⁵. Pero tal conclusión, como se indica, no debería ser de aplicación cuando en el testamento se limita la intervención del contador-partidor exclusivamente a los bienes no adjudicados, con manifestación expresa de su carácter complementario de la partición hecha por el testador, aunque sí, obviamente, cuando el testador menciona “que se adjudique” a los herederos los bienes que señala a los herederos, nombrando contador-partidor.

42 Es cuestión discutida en el ámbito fiscal la tributación de la extinción de varios condominios con los mismos titulares, de si cada comunidad es independiente una de la otra y, por lo tanto, una extinción conjunta implica permuta de las cuotas que cada uno tuviese en cada bien en copropiedad con la consiguiente tributación, o si cabe considerarlo a efectos tributarios una única comunidad y una única extinción, por lo que sería un supuesto de no sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Pueden verse las Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos V0724-23, 24 marzo 2023, V0403-22, 2 marzo 2022, V02889-21, 17 noviembre 2021, así como el ATS, Sala 3ª, Sección 1ª, 24 mayo 2023 (ECLI: ES:TS:2023:6274*).

43 STS 7 septiembre 1998 (RAJ 1998, 6395).

44 STS 15 junio 2006 (RAJ 2006, 3538).

45 STS 8 marzo 1989 (RAJ 1989, 2023).

3. Disposiciones sobre el valor de los bienes adjudicados.

El testador al hacer la partición no está vinculado por el art. 1061 CC y puede configurar los lotes o adjudicaciones en los términos que estime oportunos, y precisamente el art. 1075 tiene como consecuencia que deberá pasarse por tal partición en tanto no perjudique las legítimas o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador, lo que supone el efecto fundamental, ya señalado, de que en caso de divergencia entre la disposición testamentaria (cuotas) y el valor de los bienes o lotes adjudicados, sea una divergencia originaria al tiempo de otorgarse el testamento y partición, o sobrevenida después del mismo y al fallecimiento del testador (STS 18 marzo 2010)⁴⁶, prevalece la partición⁴⁷.

En relación con ello, cuando el testador manifiesta hacer la partición de sus bienes y realiza las adjudicaciones, la conclusión de que nos encontramos ante una partición y no meras normas particionales aunque no haya incluido la totalidad de su patrimonio puede verse reforzada no solo por la cita expresa del art. 1056 CC, sino también por la previsión testamentaria de que pueda existir una diferencia de valor entre los bienes adjudicados a cada heredero, disponiendo expresamente el testador el efecto que prevé el art. 1075 CC, esto es, que aún en ese caso se respete la partición con las adjudicaciones realizadas y sin compensaciones, y así lo apreció la STS 4 noviembre 2008⁴⁸.

No obstante, también puede darse el caso contrario, esto es, que el testador prevea la existencia de compensaciones para el caso de que al fallecimiento el valor de los bienes no sea equivalente a las cuotas instituidas, lo que también confirmaría que nos encontramos ante una partición y no una norma particional. En ambos casos, siempre explicitando la voluntad del testador sin dejar su determinación para su posterior indagación, una vez fallecido y abierta la sucesión, a través de la interpretación del testamento.

Con todo, el problema no parece que pueda surgir si el testador instituye a los herederos en la proporción que resulta de las adjudicaciones que realiza – lo que excluiría el derecho de acrecer (art. 982 CC) salvo que el testador indique lo contrario –, lo que habitualmente se considera, salvo previsión contraria del testador, con referencia al valor que los bienes tienen a la apertura de la sucesión y no al tiempo de otorgamiento del testamento particional. Pero también

46 STS 18 marzo 2010 (RAJ 2010, 2409).

47 En cuanto a la existencia de divergencia, en general la doctrina entiende que como tal no puede ser calificado el supuesto de que el valor objetivo de los bienes adjudicados en el testamento no coincida con la cláusula dispositiva, pues ha de atenderse a la valoración subjetiva del testador. Ello supone, se puede añadir, que desde la perspectiva del testador no hay divergencia alguna, salvo que se pueda demostrar que incurrió en error, e incluso existir dolo por alguno de los herederos, o que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador, tal y como estimó la STS 20 noviembre 1990 (RAJ 1990, 8990) que, en interpretación de tal voluntad, concluye la prevalencia de las cuotas sobre las adjudicaciones.

48 STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

puede suceder que el testador mencione la estricta institución de herederos sin especificación de cuotas, procediendo a continuación a las adjudicaciones, supuesto en el que, aunque no manifieste expresamente su voluntad de que se respeten las adjudicaciones realizadas, puede entenderse que la institución (cuotas), no lo es a partes iguales como se derivaría del art. 765 CC, sino en la proporción de los bienes adjudicados⁴⁹. Ahora bien, dado que se trata de evitar problemas interpretativos de la voluntad del testador, parece oportuno o bien explicitar la institución proporcional o que se respete la partición, con el matiz que si se realiza una institución proporcional ello debe tenerse en cuenta si se incorpora en el testamento una cláusula adicional de adjudicación del remanente o bienes no adjudicados, en que debe plasmarse la voluntad del testador de si tales bienes se adjudican o deben ser distribuidos entre los herederos en proporción a las adjudicaciones realizadas en la partición o, lo que es más habitual, como se ha indicado, a partes iguales.

Por último, y dada la existencia de una doctrina jurisprudencial restrictiva, en el otorgamiento del testamento particional debería tenerse en cuenta, atendidas las circunstancias del caso concreto y la voluntad del testador, que es posible que se pueda entender que no concurren los requisitos para apreciar la existencia de una partición por el testador y sí normas particionales, que en cuanto tales deben ser respetadas. Pero no tratándose de una partición por el testador, las discrepancias al tiempo del fallecimiento del causante entre el valor de los bienes adjudicados por el mismo (o más bien que deben ser adjudicados en la partición que se realice) y la cuota en que los herederos han sido instituidos, en principio, va a ser resuelta a favor de esta última con las compensaciones a que haya lugar.

Podría argumentarse que las adjudicaciones realizadas, aun como normas particionales siempre deben ser respetadas, incluso aunque su efecto final implique que el resultado de la partición que se realice sea desigualitario en relación con las cuotas a partes iguales en que los herederos hayan sido instituidos, pues la distribución de los bienes adjudicados ya ha sido hecha por el testador, quien, salvo para el cálculo de las legítimas en que hay que tener en cuenta el valor real de los bienes, no está vinculado por valor alguno, tampoco por el valor de mercado propio de la partición por los herederos o el contador-partidor, y lo relevante no es su valor objetivo sino los bienes en sí, con el valor subjetivo que el testador implícitamente les ha atribuido.

En este sentido, no se puede descartar que, por la vía de la interpretación del testamento y determinación de la voluntad real del testador, incluso utilizando elementos extrínsecos, se pueda llegar a la conclusión de que aquella voluntad fue que la norma particional fuera respetada a pesar de la divergencia con la

49 Vid. SSTS 22 mayo 2009 (RAJ 2009, 3038), 4 febrero 1994 (RAJ 1994, 909).

cuota en que se instituyeron a los herederos, lo que debería hacerse si no hay perjuicio en las legítimas⁵⁰. Sin embargo, sin la previsión adicional en el testamento de que las adjudicaciones han de ser respetadas sin modificación alguna, aunque los valores de las mismas no sean igualitarios a la fecha de apertura de la sucesión en correspondencia con la cuota en que han sido instituidos los herederos – previsión perfectamente válida (vid. STS 29 enero 2008⁵¹ –, es muy probable que únicamente se reconozcan los efectos propios de la norma particional, lo que hace aconsejable la inclusión de una cláusula que recoja expresamente tal voluntad del testador.

4. Disposiciones sobre inexistencia en la herencia de bienes adjudicados.

Cuando se trata de normas particionales sobre adjudicaciones de bienes, la inexistencia de estos al fallecimiento del testador supone la ineficacia, en cuanto no produce efectos, de la norma particional, por lo que en la partición que se realice al heredero deberán adjudicársele bienes – o compensarle – hasta el pago de su cuota. Por el contrario, tratándose de una partición por el testador, en principio, le correspondería al heredero adjudicatario soportar la pérdida o menoscabo (arg. ex. art. 1070.I CC), ello sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima (arts. 815 y 1075 CC)⁵².

Ahora bien, tal conclusión una vez más se presenta como una cuestión controvertida. Salvo que de la interpretación de la voluntad del testador pueda derivarse lo contrario, se puede mantener, y así lo hace una parte de la doctrina, que en tales supuestos la partición debe ser modificada con compensación al heredero del valor del bien – otro problema de interpretación de si el valor al tiempo de la partición o de la adjudicación, valor subjetivo del testador o valor objetivo –, e incluso que al menos cabría la rescisión por lesión si la misma supera la cuarta parte (art. 1074 CC). Todo ello con la duda de si tales consecuencias se aplican solo a los actos de disposición voluntarios, como sucede en la ineficacia de los legados (art. 869.I CC), o también a los supuestos de enajenación forzosa⁵³.

Por otra parte, dado que el art. 1070.Iº CC sí señala la obligación recíproca de los herederos de responder por evicción y saneamiento de los bienes adjudicados por el testador cuando parezca, o racionalmente se presuma, haber querido lo contrario, también es controvertido si tal voluntad contraria cabe deducirla del hecho de que la institución se haya realizado a partes iguales y las adjudicaciones

50 Vid. SAP La Rioja, Sección 1ª, 4 diciembre 2018 (ECLI: ES:APLO:2018:557).

51 STS 29 enero 2008 (RAJ 2008, 229).

52 Vid. STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5891).

53 El art. 281 LDCG contiene una previsión expresa en relación con la partición conjunta realizada por los cónyuges: la partija podrá ser declarada ineficaz cuando la composición patrimonial base de la misma se haya alterado de forma sustancial por enajenaciones voluntarias o forzosas.

testamentarias se ajustaran, sin necesidad de un ajuste exacto, a tales valores igualitarios al tiempo del otorgamiento del testamento y realización de la partición, lo que implica, como se ha indicado, compensaciones por los deterioros y mejoras, pérdidas o incrementos de valor, o la propia inexistencia de los bienes al fallecimiento.

Estos supuestos, en que la solución que se adopte va a depender de la voluntad del testador y de la interpretación de la voluntad declarada, aunque se puedan utilizar elementos extrínsecos, deberían estar previstos en el testamento, especialmente en el caso de que la voluntad del testador sea que cada heredero soporte el deterioro, pérdida o inexistencia del bien adjudicado, ello sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima.

BIBLIOGRAFIA

ABELLA RUBIO, J. M.: "Partición hecha por el testador", en AA.VV.: *La partición de la herencia* (coord. por X. O'CALLAGHAN MUÑOZ), Madrid, 2006, pp.135-213.

BELLOD FERNÁNDEZ de PALENCIA, E.: *La partición efectuada por el causante. Régimen del Código Civil y aragonés, con breve referencia a otros derechos forales*, Reus, Madrid, 2018.

CARBALLO FIDALGO, M.: "Comentario al art. 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (coord. por A. CAÑIZARES LASO y otros), vol. II, Cívitas, Pamplona, 2011, pp. 1732-1736

CASAS VALLÉS, R.: "Comentario a la STS de 21 de julio de 1986", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, 1986, pp. 3967-3974.

CORBAL FERNÁNDEZ, J.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", el AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (coord. por I. SIERRA GIL de la CUESTA), 2 ed., Boch, Barcelona 2006, pp. 655-668.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: "La partición de la herencia por el propio testador", *Revista de Derecho Notarial*, 1960, pp. 99-234.

DÍEZ SOTO, C.: "La partición realizada por el propio testador en el Código Civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. por F. BLASCO GASCÓ), vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 879-896.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. A. CAÑIZARES LASO), T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 4859-4865.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Comentario a la STS de 7 de septiembre de 1998", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, 1999, pp. 189-196.

ESPEJO LERDO de TEJADA, M.: "Comentario al artículo 1056 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (director: R. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO), vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 7626-7665.

ESPEJO LERDO de TEJADA, M.: "Comentario a la STS de 4 de febrero de 1994", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, 1994, pp. 493-502.

GONZÁLEZ VALVERDE, A.: "En torno a la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad o comunidades ordinarias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 2020, pp. 781-850.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: “La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 62, recuperado de <https://www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios?tm%E2%80%A6>

ORDUÑA MORENO, F.J.: “La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador: artículos 1056 y 1070, número 1, del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 469-580.

PASCUAL BROTONS, C.C.: “Partición, adjudicación y Registro de la Propiedad”, *Revista de Derecho, empresa y Sociedad*, núm. 14, 2019, pp. 119-139.

PÉREZ de ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Partición y Registro de la Propiedad: doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: “La partición hecha por el testador”, *Revista de Derecho Notarial*, 1970, pp. 209-231.

RUBIO GARRIDO, T.: *La partición de la herencia*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

RUBIO GARRIDO, T.: “La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2009, pp. 19-28.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La partición hecha por el testador*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

VALLET de GOYTISOLO, J.B.: “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), tomo XIV, vol. II, Madrid, 1989, pp. 123-170.

